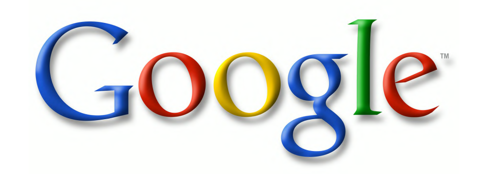
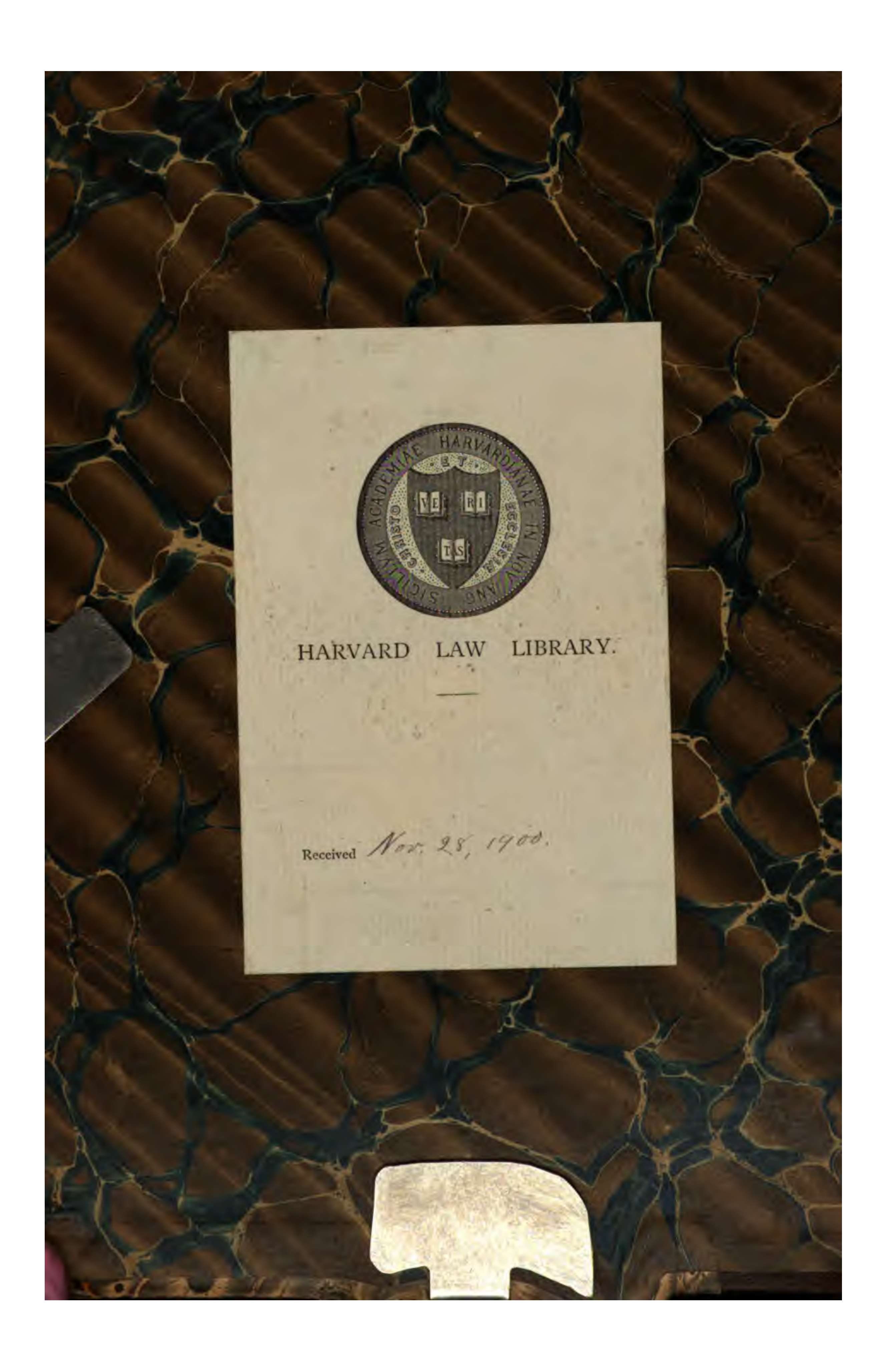






CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG



~~7,20 ... 00~~

63,126,253

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE

DU MÊME AUTEUR

Programme du cours d'Histoire générale du Droit français, public et privé. *Nancy*, 1882.

Étude historique sur les formes de la célébration du Mariage dans l'ancien Droit français. *Paris*, 1883.

Origines de la Juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII[e] siècle. *Paris*, 1883.

Histoire de l'Organisation judiciaire en France. Époque franque. *Paris*, 1886.

Formation et Dissolution du Mariage dans le Droit islandais du Moyen âge. *Paris*, 1887.

Code pénal de Finlande de 1889, traduction. *Nancy*, 1890.

De la peine de mort, par K. d'Olivecrona, traduction et préface.

Loi de Vestrogothie, traduite, annotée et précédée d'une étude sur les sources du Droit suédois. *Paris*, 1894.

Codes maritimes scandinaves, traduction, notes et préface. *Paris*, 1895.

De la Polygamie et du Concubinat à Athènes. *Paris*, 1895.

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE

PAR

Ludovic BEAUCHET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
ANCIEN MEMBRE (HORS CADRE) DE L'ÉCOLE FRANÇAISE D'ATHÈNES

LE DROIT DE FAMILLE

I

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1897

A MONSIEUR RODOLPHE DARESTE

Membre de l'Institut

Conseiller à la Cour de Cassation

Hommage affectueux et reconnaissant.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE [1].

ACCARIAS. — *Précis de droit romain.* Paris, 2 vol.

Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques. Paris 1868-1887.

ANTHES. — *De emptione venditione Græcorum quæstiones epigraphicæ.* Halis Saxonum, 1885.

BARILLEAU. — *De la constitution de dot dans l'ancienne Grèce*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1883, p. 145 et s.

— *Des sources du droit grec*, *ibid*, 1883, p. 613 et s.

BIAGIO BRUGI. — *Rapporti di vicinanza in materia di acque nel diritto attico comparato al diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXXIV.

BLASCHKE. — *De antidosi apud Athenienses.* Berolini, 1876.

BÖCKH. — *Die Staatshaushaltung der Athener*, 3e édition.

BOISSONADE. — *Histoire de la réserve héréditaire.* Paris, 1873.

DE BOOR. — *Ueber das attische Instestaterbrecht.* Hambourg, 1838.

BRANDTS. — *Les sociétés commerciales à Athènes*, in *Revue de l'instruction. publique en Belgique*, 1882 (XXV), p. 109-125.

BRUYN DE NEVE-MOLL. — *De peregrinorum apud Athenienses conditione* Dordraci, 1839.

BÜCHELER et ZITELMANN. — *Das Recht von Gortyn.* Frankfurt a. Main, 1885 (*Ergaenzungsheft zum 40 Bande des Rheinischen Museum*).

BÜCHSENSCHÜTZ. — *Besitz und Erwerb im griechischen Altertume.* Halle, 1869.

BUERMANN. — *Drei Studien auf dem Gebiet des attischen Rechts.* Leipsig, 1878.

Bulletin de correspondance hellénique. Paris, 1877-1896.

BUNSEN. — *De jure hereditario Atheniensium.* Göttingen, 1813.

CAILLEMER. — *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes.*

I. — *Des institutions commerciales d'Athènes*, 1864.

II. — *La lettre de change et le contrat d'assurance*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1866, p. 133-154 et Paris, 1865.

III. — *Le crédit foncier.* Paris, 1866.

(1) Nous ne donnons ici que l'indication des divers ouvrages cités d'une manière abrégée dans notre travail. Nous ne mentionnons point d'ailleurs les sources proprement dites, plaidoyers, recueils d'inscriptions, lexiques, etc.

IV. — *Les papyrus grecs du Louvre et de la bibliothèque impériale*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1867 et Paris, 1867.

V. — *La restitution de la dot*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1868, p. 107-146 et Paris, 1867.

VI. — *La propriété littéraire*, 1868.

VII. — *La prescription*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1869, p. 312-340 et Paris, 1869.

VIII. — *Le contrat de louage*, in *Recueil de l'Académie de Toulouse*, 1868, p. 261 et s. et Paris, 1869.

IX. — *Le contrat de prêt*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1870, p. 166-202 et Paris, 1870.

X. — *Le contrat de société*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1872 et Paris, 1872.

— *Le contrat de vente*, in *Revue de législation*, 1870-1871, p. 631-671 et 1873, p. 5-41.

Le droit de tester, in *Annuaire pour l'encouragement des études grecques*, 1870, p. 19 et s.

Le droit de succession légitime à Athènes. Paris et Caen, 1879.

Le contrat de dépôt, le mandat et la commission, le cautionnement sistendi causa, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1876, p. 508 et s.

La naturalisation à Athènes, ibid., 1880, et Paris, 1880.

CAUVET. — *De l'organisation de la famille à Athènes*, in *Revue de législation*, 1845, t. 24, p. 129 et s.

CICCOTTI. — *La Famiglia nel diritto attico*, Torino, 1886.

CLERC. — *Les métèques athéniens*. Paris, 1893.

DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Paris, 1873-1896.

DARESTE. — *Etudes sur le Traité des lois de Théophraste*, in *Revue de législation*, 1870-1871.

— *Les entreprises de travaux publics chez les Grecs*, in *Annuaire*, 1877, p. 107 et s.

— *Les plaidoyers civils de Démosthène*. Paris, 1875, 2 vol.

— *Du prêt à la grosse chez les Athéniens*, in *Revue historique du droit français et étranger*, 1867, et Paris, 1867.

— *La science du droit en Grèce*. Paris, 1893.

DARESTE, HAUSSOULIER et REINACH. — *Recueil des inscriptions juridiques grecques*. Paris, 1891-1894.

DERNBURG. — *Das Pfandrecht*. Leipsig, 1860.

DESJARDINS. — *De la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens*, in *Mémoires lus à la Sorbonne*, 1865, p. 595 et s.

VAN DEN ES. — *De jure familiarum apud Athenienses*. Lugd., Bat., 1864.

EULER. — *De locatione conductione atque emphyteusi Græcorum*. Giessen, 1882.

FABRICIUS. — *De architectura græca comment. epigr.* Berlin, 1881.

FOUCART. — *Des associations religieuses chez les Grecs*. Paris, 1873.

FOUCART. — *Mémoire sur l'affranchissement des esclaves*, in *Archives des missions scientifiques et littéraires*, 2e série, t. III, 1866, et Paris, 1866.
FRANCOTTE. — *L'antidosis en droit Athénien*. Paris, 1895.
FUSTEL DE COULANGES. — *La cité antique*. Paris.
— *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*. Paris, 1891.
GANS. — *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*. Berlin, 1824.
GIDE. — *Etude sur la condition privée de la femme*, 2e édition. Paris, 1885.
GILBERT. — *Handbuch der griechischen Staatsaltertümer*, t. I, 2e édition. Leipsig, 1893.
GIRAUD. — *Du droit de succession chez les Athéniens*, in *Revue de législation*, t. XVI, p. 97 et s.
GNEIST. — *Die formellen Vertraege des neuern rœmischen Obligationenrechts*. Berlin, 1845.
GOLDSCHMIDT. — *Inhaber-, order- und executorische Urkunden im classischen Alterthum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, t. X, *German. Abth.*, p. 352 et s.
GRASSHOF. — *Symbolæ ad doctrinam juris attici de hereditatibus*. Berolini, 1877.
GUILLARD. — *Les banquiers athéniens et romains*. Paris, 1875.
GUIRAUD. — *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête Romaine*. Paris 1893.
HAFTER. — *Die Erbtochter nach attischem Recht*. Leipsig, 1887.
HAUSSOULIER. — *La vie municipale en Attique*. Paris, 1884.
HEFFTER. — *Die athenaeische Gerichtsverfassung*. Kœln, 1822.
HÉRAULT. — *Observationes ad jus atticum et romanum* (*animadv. in Salmasii observat.*). Paris, 1650.
HERMANN. — *Juris domestici et familiaris apud Platonem in Legibus cum vet. Græciæ inque primis Athenar. institutis comparatio*. Marburg, 1836.
HERMANN. — *Privataltertümer*, 3e édition complètement remaniée par Blümner. Freiburg i. B. 1882.
HERMANN. — *Rechtsaltertümer*, 4e édition augmentée et corrigée par Thalheim. Freiburg i. B., 1895.
HERMANN. — *Staatsaltertümer*, 6e édition, entièrement remaniée par Thumser. Freiburg, i. B., 1889-1892.
HITZIG. — *Das griechische Pfandrecht*. München, 1895.
HOFMANN. — *Beitraege zur Geschichte des griechischen und rœmischen Rechts.*, Wien, 1870.
HRUZA. — *Beitraege zur Geschichte des griechischen und rœmischen Familienrechts. I. Die Ehebegründung nach attischem Rechte.* II *Polygamie und Pellikat nach griechischem Rechte*. Erlangen et Leipsig, 1892, 1894.
ILLING. — *De antidosi*. Berolini, 1884.
JANNET. — *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*. Paris, 1880.
DE KOUTORGA. — *Essai historique sur les trapézites*, extrait du *Compte-rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*. Paris, 1859.
LALLIER. — *De la condition de la femme dans la famille athénienne*. Paris, 1874.

LÉCRIVAIN. — *Le cautionnement dans le droit grec classique*, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*, 1894, p. 200 et s.

— *Observations sur la contrainte par corps et les voies d'exécution dans le droit grec.* Rome, 1892.

Peines et stipulations du double et de l'hémiolion dans le droit grec, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*, 1895, p. 302 et s.

LEIST (B. W.). — *Græco-italische Rechtsgeschichte*. Iéna, 1884.

LEIST (G. A.). — *Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasien.* Iéna, 1886.

LELYVELD. — *De infamia jure attico.* Amsterdam, 1831.

LEWY. — *De civili conditione mulierum græcarum.* Vratislaviæ, 1885.

LIPSIUS. — *Von der Bedeutung des griechischen Rechts.* Leipsig, 1893.

MARTIN. — *Les cavaliers athéniens.* Paris, 1886.

MATTHIAS. — *Das fœnus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei.* Würzburg, 1881.

MAUROCORDATO. — *Thèse pour le doctorat.* Paris, 1847.

MAY. — *Eléments de droit romain*, 1re édition. Paris, 1890, 2 vol.

MAYER. — *Die Rechte der Israeliten, Athener, und Rœmer*, etc. Leipsig, 1862-1876, 3 vol.

MEIER. — *De gentilitate attica.* Halle, 1834.

— *Historiae juris attici de bonis damnatorum et fiscalium debitorum libri duo.* Berolini, 1819.

MEIER et SCHŒMANN.— *Der attische Process.*, Halle, 1824, 1re édition, et nouvelle édition par Lipsius, Berlin, 1883-1887.

MEURSIUS. — *Themis attica*, 1685. Solon. 1632, in *Gronov. Thes. antiquit. græcar.*, t. V, p. 1757 et s.

MITTEIS. — *Reichsrecht und Volksrecht in den œstlichen Provinzen des rœmischen Kaiserreichs.* Leipsig, 1891.

Mittheilungen des deutschen archaeologischen Institutes in Athen. Athènes, 1876-1896.

MOY. — *Etude sur les plaidoyers d'Isée.* Paris, 1876.

MÜLLER (I.). — *Handbuch der Klassischen Altertumswissenschaft*, t. IV, 1, *Staats- und Rechtsalterthümer*, par Busolt. München, 1892.

MÜLLER (O.). — *Die Dorier.* Breslau, 1844.

OUVRÉ. — *Le régime matrimonial au temps d'Homère*, in *Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, 1866.

PARDESSUS. — *Collection des lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle.* Paris, 1828.

DE PASTORET. — *Histoire de la législation*, t. VI. Paris, 1824.

PERROT. — *Essais sur le droit public et privé de la république Athénienne. Le droit public.* Paris, 1867.

— *Le commerce de l'argent et le crédit à Athènes*, in *Mémoires d'archéologie, d'épigraphie et d'histoire*, p. 337 et s. Paris, 1875.

— *L'éloquence politique et judiciaire à Athènes.* Paris 1873.

PETIT (Sam.). — *Leges atticæ*. Ludg. Bat., 1738-1741.
PHILIPPI. — *Beitraege zur einer Geschichte des attischen Bürgerrechts*. Berlin, 1870.
— *Der Areopag und die Epheten*. Berlin, 1874.
— *Symbolæ ad doctrinam juris attici de syngraphis et de οὐσίας notione*. Leipsig, 1871.
PLATNER. — *Beitraege zur Kenntniss des attischen Rechts*, 1820.
— *Der Process und die Klagen bei den Attikern*. Darmstadt, 1824-1825, 2 vol.
ROBIOU. — *Questions de droit attique politique, administratif et privé*. Paris 1880.
SAUMAISE. — *De modo usurarum*. Leiden, 1639.
SCHAEFER. — *Demosthenes und seine Zeit*. Leipsig, 1856-1858.
SCHELLING. — *De Solonis legibus apud oratores atticos*. Berolini, 1842.
SCHMEISSER. — *De re tutelari Atheniensium*. Friburgi, 1829.
SCHNEIDER. — *De jure hereditario Atheniensium*. Monachii, 1851.
SCHŒMANN. — *Antiquités grecques*, traduites par Galuski. Paris, 1884, 2 vol.
— *Isaei orationes XI*. Gryphiswaldiae, 831.
SCHÜCK. — *Ueber die Sklaverei bei den Griechen*. Breslau, 1875.
SCHULIN. — *Das griechische Testament verglichen mit dem ræmischen*. Basel, 1882.
SCHULTHESS. — *Vormundschaft nach attischem Recht*. Freiburg i. B. 1886.
SEIFERT. — *De jure hereditario Atheniensium*. Greifswald, 1842.
SIEVEKING. — *Das Seedarlehen des Altertums*. Leipzig, 1893.
STAEKER. — *De litis instrumentis quæ exstant in Demosthenis orationibus*. Halis Saxonum, 1884.
VAN STEGEREN. — *De conditione civili feminarum Atheniensium*. Zwoll, 1839.
SZANTO. — *Hypothek und Scheinkauf im Griechischen Rechte*, in *Wiener Studien*, 1887, p. 279 et s.
TAMASSIA. — *Le nozze in Omero*. Bologne, 1893.
TÉLFY. — *Corpus juris attici*. Pesth, 1868.
THONISSEN. — *Le droit pénal de la république Athénienne*. Bruxelles, 1875.
VIOLLET. — *Histoire du droit civil français*. Paris, 1893.
VOLLBRECHT. — *De antidosi apud Athenienses*. Clausthal, 1846.
DE VRIES. — *De fœneris nautici contractu jure attico*. Harlem, 1842.
WACHHOLTZ. — *De litis instrumentis in Demosthenis quæ fertur oratione in Macartatum*. Kiel, 1878.
WACHSMUTH. — *Hellenische Altertumskunde*, 1re édition, 1846.
WALLON. — *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*. Paris, 1879.
WILLENBÜCHER. — *De nonnullis scriptorum græcorum locis difficilioribus*. Gissen, 1883.
ZIEBARTH. — *De jurejurando in jure græco quæstiones*. Gottingæ, 1892.
ZIMMERMANN. — *De nothorum Athenis condicione*. Medcrici, 1886.

PREFACE

Pendant longtemps les historiens du droit ont accepté sans contrôle cette affirmation de Cicéron, qu'en dehors de la législation romaine, il n'y avait que des lois ridicules et incomplètes, y compris celles qu'avaient publiées Lycurgue, Dracon et Solon : « Quantum præstiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intellegetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim quam sit omne jus civile præter hoc nostrum inconditum ac pæne ridiculum[1]. » Aussi, alors qu'on étudiait avec ardeur la littérature et la philosophie d'Athènes, le mouvement, les progrès et les découvertes de la pensée athénienne, on laissait dans l'ombre tout un côté du génie athénien, « une de ses formes les plus curieuses et une de ses expressions les plus intéressantes[2] », à savoir le droit attique, ou du moins cette partie du droit qui règle les relations des citoyens entre eux dans leurs rapports de famille, de propriété et d'obligations. L'attention se concen-

(1) Cicéron, *De Oratore*, I, 44, 197.
(2) Perrot, *Droit public*, p. XXVII.

trait uniquement sur le droit romain que l'on considérait comme le seul précurseur de nos législations modernes. Le droit privé des Romains présente, il est vrai, sinon dans tous ses principes, du moins comme construction et comme œuvre d'art, une supériorité incontestable sur les autres législations anciennes et même sur nombre de législations modernes. On a pu dire de lui, sans exagération, que « jamais législation ne fut plus géométriquement construite, que jamais jurisconsultes ne déduisirent avec plus de sûreté les conséquences d'un principe et que jamais la langue juridique n'atteignit plus heureusement à cette élégance sobre qui consiste surtout dans la propriété de l'expression et la finesse du tour[1]. »

Au point de vue scientifique, l'infériorité du droit attique vis-à-vis du droit romain est indéniable. En faisant même abstraction de l'insuffisance des sources qui s'oppose à toute reconstitution complète de la législation athénienne, et en supposant que nous possédions un recueil complet des lois attiques, tel qu'aurait pu le composer un contemporain d'Isée et de Démosthène, le droit d'Athènes serait toujours loin de posséder ce caractère de systématique enchaînement et de rigueur juridique que le droit romain a atteint à l'époque classique, et on ne saurait le

(1) Accarias, t. I, Introduction.

comparer à ce grand système ordonné et logique qu'on a pu qualifier de *scripta ratio*. Cette infériorité relative du droit attique s'explique d'ailleurs facilement par les conditions mêmes du développement respectif de chacune de ces législations. La perfection du droit romain tient surtout à ce qu'il fut l'œuvre patiente des siècles : il s'écoula plus de 600 ans entre la promulgation de cette loi des XII Tables, qui fut toujours la source officielle du droit, *fons omnis publici privatique juris*[1], et l'apparition des grandes jurisconsultes classiques, Papinien, Paul et Ulpien, dont les écrits forment la base de la codification romaine. Le droit attique n'a pu se développer que pendant une période beaucoup plus courte. Entre les réformes de Solon, dont on peut comparer le caractère à celui de l'œuvre des décemvirs, et la mort de Démosthène, il ne s'est pas écoulé trois siècles. Le jour où l'indépendance d'Athènes succomba sous la puissance macédonienne, l'activité législative dut se ralentir considérablement. Un siècle et demi plus tard, la réduction de la Grèce en province romaine, en suspendant la vie nationale, vint interrompre complètement l'évolution du droit. Les lois de Solon cessèrent d'être invoquées devant les tribunaux et de régir les contrats, et peu à peu, dans les provinces orientales de l'empire comme

(1) Tite-Live, III, 34.

dans les autres, les principes du droit romain, élargi du reste par les conquêtes mêmes, se substituèrent dans nombre de dispositions aux anciennes législations locales. Le temps a donc manqué au droit attique pour pouvoir atteindre la perfection du droit romain. Comme le dit Perrot, « il n'a pas eu, pour se coordonner et se compléter, pour éliminer tous les éléments qui ne méritaient pas de vivre, pour se réduire en un système parfaitement homogène, une lente élaboration de plus d'un millier d'années. La période de la codification n'est jamais arrivée pour le droit attique[1]. » D'autre part, le travail législatif s'est arrêté à Athènes avant que les législateurs pussent ressentir l'influence non pas même du christianisme, mais de la philosophie. La Grèce a eu sans doute des philosophes qui, comme Platon, Aristote et Théophraste, ont étudié ses lois et se sont efforcés de découvrir les meilleurs principes de législation. Mais leur voix s'est fait entendre bien tard, à la veille du jour où la Grèce allait perdre son indépendance et son activité, et il faut de longues années avant que les enseignements des philosophes ne viennent modifier les vues de la foule et influer sur les dispositions du droit positif. Pour être juste, on devrait rapprocher le droit en vigueur à l'époque des orateurs athéniens de celui qui régissait la républi-

(1) Perrot, *Droit public*, p. XLV.

que romaine la fin du IIe siècle avant J.-C., avant que se fût accompli l'admirable travail dû aux édits des magistrats et aux réponses des prudents : Athènes pourrait alors sans désavantage soutenir la comparaison avec Rome au point de vue juridique.

Ce n'est point seulement le temps qui a fait défaut au droit attique, c'est aussi l'espace. Le système si complet du droit romain ne pouvait guère s'édifier que dans un grand empire, à la faveur d'une centralisation puissante. Si Rome a été amenée par la fortune à devenir et à rester pendant plusieurs siècles la maîtresse du monde, Athènes, malgré le rayonnement de son génie sur tous les peuples méditerranéens, n'a jamais été qu'une république de moins de cent mille citoyens répartis sur un territoire de quelques lieues carrées. Elle n'a point été contrainte, par conséquent, d'élargir le cadre de ses lois pour les accommoder avec souplesse aux besoins d'un vaste empire composé d'éléments les plus divers, et elle n'a point eu à transformer peu à peu les règles étroites de sa coutume locale, de manière à en construire un majestueux édifice, tel que celui que nous présente la jurisprudence romaine. Le droit d'Athènes n'a donc jamais pu être que le droit d'une ville glorieuse entre toutes, mais d'une ville seulement, un droit purement local et sans ampleur.

Un autre obstacle au développement du droit attique provient de la pauvreté relative de cette source

du droit que l'on nomme les lois proprement dites, par opposition à l'usage et à la jurisprudence. Solon, dans ses lois célèbres, posa sans doute les principes qui devaient désormais présider au réglement des droits de famille ou de propriété. Mais il le fit d'une manière très concise, souvent assez obscure [1], et cela intentionnellement, dans un but démocratique, afin de laisser au peuple une grande latitude dans les décisions judiciaires qu'il était appelé à rendre, et pour lui permettre de faire prévaloir le plus souvent possible ce qu'il croirait être l'équité. Le serment que prêtaient les héliastes de « juger selon l'équité en l'absence de loi » [2], devait ainsi fréquemment recevoir son application. Plus tard, le peuple législateur et juge en même temps dut bien se garder de se lier les mains par des lois. Aussi, à part certaines lois d'un caractère politique, ne rencontre-t-on, postérieurement à Solon, aucune œuvre législative sérieuse dans le domaine du droit privé, et ce sont toujours les lois du grand réformateur qu'invoquent les orateurs dans leurs plaidoyers. Les textes législatifs étaient ainsi très peu nombreux. Démosthène le remarque expressément en parlant de

(1) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 9 : ἔτι δὲ καὶ τὸ μὴ γεγράφθαι τοὺς νόμους ἁπλῶς μηδὲ σαφῶς, ἀλλ'ὥσπερ ὁ περὶ τῶν κληρῶν καὶ ἐπικλήρων, ἀνάγκη πολλὰς ἀμφισβητήσεις γίνεσθαι καὶ πάντα βραβεύειν καὶ τὰ κοινὰ καὶ τὰ ἴδια τὸ δικαστήριον.

(2) Démosthène, *Adv. Lept.*, § 118 : περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ὦσι γνώμῃ τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν. Cf. Pollux, VIII, 122.

l'œuvre de Solon. L'esprit démocratique, dit-il, veut « que sur chaque matière il n'existe qu'une seule disposition de loi, afin qu'il n'y ait pas là, pour l'ignorant, une source d'embarras, tandis que le citoyen qui connaîtrait toutes les lois aurait un grand avantage ; il faut que chacun puisse lire la loi et que le droit, simple et clair, soit accessible à tous »[1].

L'œuvre législative des décemvirs n'était point, sans doute, supérieure en étendue à celle qu'on attribue à Solon. Mais à Rome, le *jus scriptum* consigné dans la loi des XII Tables s'était complété sous la République par un certain nombre de lois centuriates et de plébiscistes. D'autre part, à côté du droit écrit, s'était formé un droit coutumier qui avait une grande influence sur l'esprit des juges et sur les décisions des tribunaux, droit secondaire dont les sources principales étaient les réponses des prudents et les édits des magistrats. A Rome, les jurisconsultes furent environnés de fort bonne heure d'une grande considération et la science du droit y jouit pour des motifs divers d'une popularité très grande[2]. A Athènes, au contraire, comme du reste dans toute la Grèce, l'étude des lois n'avait jamais été encouragée par la faveur populaire, et l'on ne rencontrait point de classe semblable à celle des prudents, c'est-à-dire d'hommes voués par profession à

(1) Démosthène, *Adv. Lept.*, 93

(2) Cf. sur ce point, Accarias, t. I, n° 21.

l'étude des lois. Dans les écoles grecques, la science du droit ne faisait point l'objet d'un enseignement régulier. On la traitait comme une dépendance de la Rhétorique, et c'est en se plaçant à ce point de vue qu'Aristote est amené à en parler incidemment dans son célèbre traité sur la Rhétorique [1]. L'esprit démocratique de la cité s'opposait à ce qu'un homme cherchât à acquérir une culture juridique approfondie, car il n'aurait pas manqué d'être soupçonné de profiter de ses connaissances spéciales pour surprendre la bonne foi des juges, et l'ostracisme en aurait vite débarrassé ses concitoyens ombrageux. Les orateurs font bien quelquefois allusion à des conseils demandés par leurs clients à des gens dont le métier est de connaître les lois et de fournir des arguments aux plaideurs. Mais la manière dédaigneuse dont ils parlent de ces légistes montre que ceux-ci étaient de simples praticiens, sans autorité, recrutés principalement parmi les scribes occupés près des tribunaux, et dont le rôle se bornait à guider les plaideurs parmi les détours d'une procédure quelquefois assez compliquée. Athènes n'a même pas connu la professsion d'avocat, telle que nous l'entendons aujourd'hui. Elle possédait, sans doute, des logographes, et même de célèbres, tels que Lysias, Isée et Démosthène, et ceux-ci finissaient sans doute par acquérir une connaissance assez approfondie du

(1) Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 201.

droit. Mais ces fabricants de discours, s'effaçant derrière ceux qui les prononçaient, n'engageaient jamais leur responsabilité personnelle. Ils étaient libres de se déjuger et même de soutenir la cause qu'ils avaient précédemment combattue, comme ce fut, dit-on, le cas pour Démosthène. Aussi les logographes ne jouissaient-ils d'aucune autorité et leurs opinions n'étaient d'aucun poids aux yeux des juges. C'est ainsi qu'Isée, qui fut peut-être le plus grand légiste d'Athènes, excitait la défiance et l'envie de ses concitoyens précisément à cause de sa science juridique : il avait mauvaise réputation, nous apprend Denys d'Halicarnasse, et même quand il disait la vérité, on l'écoutait sans conviction [1].

Il ne faut point croire cependant que la Grèce n'ait produit aucun écrivain qui se soit occupé spécialement du droit. Nous savons, par les auteurs, qu'il existait un certain nombre de traités juridiques, comme ceux de Dioscorides, περὶ νομίμων, de Duris, περὶ νόμων, d'Aristoxénos, νόμοι πολιτικοί, de Cratéros, ψηφισμάτων συναγωγή, de Callimachos, πίναξ τῶν νόμων, d'Asclépiadès, τὰ τῶν ἀξόνων ἐξηγητικά. Nous citerons enfin le traité célèbre de Théophraste, νόμοι κατὰ στοιχεῖον, dont Cicéron nous dit : « Ab Aristotele omnium fere civitatum non Græciæ solum, sed etiam Barbariæ mores, instituta, disciplinas, a Theophrasto etiam leges

(1) Cf. Barilleau, *Sources du droit grec*, p. 612.
(2) V. pour l'indication de ces différents traités, Télfy, *Præfatio*, p. 1 et s.

cognovimus »[1]. Mais la plupart de ces ouvrages étaient consacrés au droit public, ou bien ce n'étaient que de simples collections de lois ou de décrets, ou tout au plus des epitome, dont l'auteur se bornait à résumer la législation qu'il décrivait. Tel est notamment le caractère du *Traité des Lois* de Théophraste, auquel cependant on serait tenté d'attribuer une grande valeur d'après ce qu'en dit Cicéron.

Le droit attique, auquel faisait ainsi défaut le secours de véritables jurisconsultes, ne pouvait non plus compter, pour s'élargir et se perfectionner, sur l'intervention des magistrats chargés de présider aux débats judiciaires. On ne trouve, en effet, à Athènes, rien de semblable à ces édits de magistrats romains venant heureusement compléter et corriger le droit primitif en tenant compte des sentiments et des besoins nouveaux. Celui des magistrats athéniens à qui appartient le rôle le plus important dans l'administration de la justice, l'archonte éponyme, n'a exercé aucune influence sur le développement du droit, et cela se comprend. Elu pour une année, par la voie aveugle du sort, sans avoir à subir d'autre examen que la docimasie qui prouve uniquement son honnêteté, tout ce qu'il peut faire, c'est de présider convenablement aux luttes

(1) Cicéron, *De finibus*, V, 11.

judiciaires, et encore est-il obligé le plus souvent, pour se diriger dans la conduite d'une procédure qu'il connaît mal ou qu'il ignore complètement, de recourir aux lumières de son parèdre ou assesseur, plus habitué à la vie publique et plus familier avec les lois. Les archontes thesmothètes auraient pu, sans doute, influer sur la législation, grâce à la faculté qui leur était accordée de proposer, au début de chaque année, les réformes législatives qu'ils jugeaient nécessaires. Mais on ne voit jamais, du moins dans les documents qui nous sont parvenus, que les thesmothètes aient usé de ce droit, et ce sont des particuliers, comme Leptine et Démosthène qui prenaient l'initiative des changements législatifs [1].

Il n'y eut point enfin à Athènes de jurisprudence, considérée comme une suite de décisions judiciaires interprétatives de la loi et destinées à suppléer dans une certaine mesure au silence ou à l'obscurité des textes législatifs. C'est qu'en effet, pour qu'une pareille jurisprudence s'établisse, il faut un corps de juges permanents. Or il n'y avait à Athènes qu'un seul corps de magistrats de ce genre, à savoir le Sénat de l'Aréopage, composé des anciens archontes, qui avaient tous présidé des tribunaux pendant la durée de leur archontat. Mais la compétence des aréopagites était assez limitée et ne s'exerçait qu'en matiè-

(1) Cf. Perrot, *Droit public*, p. 184-186.

re criminelle, là où il n'y a guère que des questions de fait à juger. Quant aux héliastes, qui connaissaient des procès civils, c'était un corps de juges qui se dissolvait chaque année et qui, dès lors, ne pouvait avoir de traditions, de jurisprudence. Les héliastes d'une année n'étaient en rien solidaires de leurs prédécesseurs, et de plus, pendant la durée de leurs fonctions, ils pouvaient donner à un même problème judiciaire deux solutions différentes ou même contradictoires, car souvent ils ne tenaient aucun compte des dispositions légales applicables à la cause, et jugeaient sous l'influence capricieuse des circonstances. Aussi n'est-ce point par des arguments de droit que l'orateur cherchait à gagner ses juges, mais en faisant appel à leurs passions, en les intéressant aux vertus et aux malheurs de son client ou en soulevant contre l'adversaire l'indignation et le mépris [1]. On comprend que des arrêts rendus dans de pareilles conditions ne pouvaient avoir aucune autorité scientifique ni constituer une jurisprudence, dans le sens moderne du mot.

Il ne faut point cependant exagérer la supériorité du droit romain sur le droit attique, et ce dernier, malgré les conditions défavorables qui ont présidé à son développement, est certainement, dans quelques-unes

(1) Gide (p. 65) observe avec raison que chez les Grecs le mot *droit*, δίκη, n'exprime pas, comme chez les Romains, une idée de joug et de contrainte (*jus*, ζυγόν, *jugum*), mais qu'il est synonyme d'usage, de convenance, d'équité.

de ses parties, supérieur aux parties correspondantes du droit romain. Il assure à certains intérêts une protection plus efficace, il témoigne plus de perfection et de sens pratique et se rapproche plus de nos lois modernes que la loi romaine. C'est ainsi qu'à Athènes la puissance paternelle n'a pas le caractère de rigueur qu'elle affecte à Rome, et elle est organisée plutôt dans un but de protection et de défense que dans l'intérêt égoïste du père de famille. D'un autre côté, la liberté des transactions n'est point entravée, dans la cité de Solon, par ce formalisme étroit qui a dominé toute l'histoire du droit romain et que les empereurs chrétiens seuls ont fini par faire disparaître pour la plus grande part. Ainsi, à Athènes, les contrats se forment, comme aujourd'hui, *solo consensu*, et leur validité n'est nullement subordonnée à l'accomplissement de formes solennelles. De même, la propriété se transfère, *inter partes*, par le seul effet du contrat, c'est-à-dire par le consentement des parties. Mais les intérêts des tiers sont sauvegardés et si, à Athènes même, on ne trouve point, à notre avis du moins, une organisation bien efficace de la publicité des mutations de propriété ou des constitutions de droits réels, on rencontre dans d'autres cités de la Grèce un système de publicité tout à fait analogue à celui qui a fini par être consacré dans nos lois il y a moins d'un demi-siècle, nous voulons parler du système de la transcription.

Or, cette publicité, qui importe tant au crédit public, les Romains n'ont jamais songé à l'organiser. Enfin les règles de la procédure qui servent de sanction aux droits privés sont empreintes à Athènes d'un grand caractère de simplicité ; elles n'ont d'autre objet que de faciliter au juge la découverte de la vérité, et on n'y rencontre point ces formules solennelles ni ces rites problématiques et traditionnels qui dominèrent si longtemps la procédure romaine. D'une manière générale, au point de vue philosophique, la conception du droit attique est fort simple, et sur nombre de points, en définitive, car nous n'avons cité que les plus caractéristiques, il affecte une supériorité réelle sur le droit romain. Ce n'est assurément que grâce à certaines circonstances extrinsèques que ce dernier a pu s'élever à la hauteur d'une science remarquable, et effacer par son éclat et sa durée toutes les autres législations de l'antiquité.

Si, du reste, le droit romain a atteint le degré de perfection que nous lui connaissons, peut-être en est-il redevable pour une bonne part au droit grec, en absorbant dans celui-ci nombre d'idées pratiques et de notions justes. Le droit romain primitif, celui qui a été codifié dans la loi des XII Tables, renferme sans doute un fonds essentiellement national, il porte à un haut degré la marque de l'esprit romain, et l'œuvre des décemvirs est principalement la codification des coutumes indigènes. Cependant, comme

on le sait, c'est une question très sérieuse que celle de savoir si les Romains n'envoyèrent pas en Grèce une légation pour y préparer la célèbre loi, qui fut toujours considérée comme la somme du droit national, *corpus omnis romani juris*. Le fait est affirmé par des écrivains dignes de foi : « Missi legati Athenas... jussique inclitas leges Solonis describere, et aliarum Græciæ civitatum mores juraque noscere », dit Tite-Live [1]. Quoi qu'il en soit du fait même de cette légation, il est certain que plusieurs dispositions de la loi des XII Tables offrent une analogie frappante avec les règles du droit grec. La preuve en a été fournie victorieusement par Hofmann dans sa remarquable étude concernant l'influence du droit grec sur la rédaction de la loi des XII Tables [2]. Y a-t-il là une simple coïncidence? C'est peu probable. Les dispositions de la loi romaine ont-elles été empruntées au droit grec? Ou bien dérivent-elles d'une source commune et supérieure à la fois au droit romain et au droit grec? Ces deux hypothèses sont également admissibles. Il faut observer toutefois, en faveur de la première, que les Romains eux-mêmes, en dépit de l'orgueilleuse boutade de Cicéron, reconnaissaient l'influence du droit grec sur le développement de leur législation. Ainsi

(1) Tite-Live, III, 31. Cf Ammien Marcellin, XVI, 5, XXII, 16; Aurelius Victor, c. 21; Denys d'Halicarnasse, *Antiq.*, X, 51 et s. V. sur ce point: Hofmann, p. 9 et s.
(2) Hofmann, p. 1 et s.

Justinien, dans ses Institutes, dit : « Origo (juris civilis) ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmoniis, fluxisse videtur [1]. » Si Justinien n'était peut-être plus très bien placé pour juger la question, des jurisconsultes de l'époque classique n'avaient pas hésité à rattacher aux lois de Solon certaines institutions romaines. Ainsi Gaïus reporte à ces lois les prescriptions imposées aux juges en matière de bornage [2]. Ailleurs il rattache à la même origine les règles qui permettent aux collèges de se former librement [3]. Si nous possédions intégralement le commentaire de ce jurisconsulte sur la loi des XII Tables, il est fort probable qu'on y verrait signalés d'autres rapprochements entre les lois primitives de Rome et d'Athènes.

En supposant même que la loi des décemvirs n'ait fait aucun emprunt aux législations des pays de population hellénique, soit de la Grèce proprement dite, soit des nombreuses et florissantes colonies que celle-ci avait envoyées sur le sol italique et qui y formaient la Grande-Grèce, il est incontestable que le droit romain, avant d'arriver à son entier développement, subit profondément l'influence de la philosophie grecque et des institutions juridiques de la Grèce. Sous l'empire, les jurisconsultes les plus célè-

(1) Instit., § 10, *De jur. nat.*, I, 2.
(2) L. 13, D. *Fin. reg.*, X, 1.
(3) L. 4, D. *De colleg. et corpor.*, XLVII, 22.

bres étaient Grecs ou d'origine grecque, élevés dans la littérature et la philosophie grecque. Marcien, Ulpien, Papinien furent les disciples immédiats de Zénon et de Chrysippe. En négligeant même ce point de vue, et avant l'invasion de la philosophie grecque dans le monde romain, plusieurs institutions d'une importance assez grande avaient été manifestement empruntées par Rome à la Grèce. C'est de celle-ci, notamment, que vient l'hypothèque, si l'on en croit le témoignage, peu suspect évidemment, de Cicéron, et comme d'ailleurs l'indique la dénomination même du droit nouveau. C'est à la Grèce également que les Romains ont emprunté plusieurs institutions commerciales ou maritimes, comme le prêt à la grosse.

Mais ce n'est point seulement sur quelques points spéciaux que le droit grec influa sur le droit romain. L'esprit large et libéral de la loi grecque pénétra d'une manière générale dans la législation romaine et amena la transformation progressive des anciennes institutions du *jus civile*. Les magistrats de Rome appelés à gouverner les provinces de langue grecque, c'est-à-dire la plupart des provinces orientales de l'empire, appliquaient à leurs administrés le droit local qui, bien qu'ayant cessé de se développer depuis la conquête romaine, continuait à rester en vigueur, même depuis la loi de Caracalla qui conférait à tous les habitants de l'empire le droit de

cité romaine. Amenés ainsi par les nécessités de la pratique à s'affranchir du formalisme du vieux droit quiritaire, ces magistrats ne tardèrent pas à reconnaître que le droit grec répondait, plus que le droit romain, aux exigences de la raison naturelle et de l'équité, et qu'il était plus dominé par la conception de pure justice qui devenait tous les jours davantage la principale préoccupation des jurisconsultes romains. De retour dans la métropole, ces magistrats avaient une tendance bien légitime à faire prévaloir dans la jurisprudence les principes dont ils avaient constaté l'excellence par la pratique, et s'ils ne réussissaient pas à les faire proclamer directement, du moins arrivaient-ils à les faire reconnaître d'une de ces manières indirectes et déguisées auxquelles ils aimaient à recourir, afin de laisser debout en apparence l'édifice des XII Tables. Aussi peut-on dire, sans exagérer, qu'une grande partie du droit grec a passé dans l'édit du préteur [1]. Une jurisprudence nouvelle, s'inspirant de ce *jus gentium* dont le droit hellénique était la principale source, remania et transforma la plupart des institutions nationales et, dans cette législation romaine refondue, telle que l'a léguée aux nations modernes l'empire mourant, l'élément grec s'est partout mêlé à l'élément romain. Ainsi le mot d'Horace

(1) Cf. Perrot. *Éloquence judiciaire*, p. 403.

Græcia capta ferum victorem cepit,

n'est pas seulement vrai dans le domaine des arts et de la littérature, il l'est également dans celui du droit privé, reflet fidèle des idées et des mœurs [1].

Ce n'est donc point, comme quelques-uns l'ont cru [2], un intérêt purement historique que présente l'étude du droit attique. S'il est vrai, comme nous l'avons dit, que Rome doit à la Grèce une bonne partie de sa civilisation, et que le droit romain, du moins celui de l'empire, doit beaucoup au droit grec, et si notre législation moderne s'est largement inspirée des principes du droit romain impérial, l'influence du droit hellénique se fait sentir en réalité jusqu'à notre époque. Il est presque impossible, sans doute, d'indiquer, dans l'ensemble de nos lois, les éléments qui peuvent arriver de la Grèce. On demeure frappé néanmoins de l'analogie que présentent certaines dispositions des lois attiques avec certains articles de notre code civil. Il faut, au surplus, se garder ici de toute exagération. Ainsi l'on a enseigné que tous les principes qui, dans l'Europe moderne, assurent l'indépendance de la femme dans le mariage, se retrouvent soit en germe, soit en pleine maturité dans la législation attique [3]. C'est là,

(1) Cf. Gide, p. 85; Reinach, *in Nouvelle Revue historique du droit*, 1893, p. 14.
(2) Cf. Perrot, *Droit public*, p. XL.
(3) Gide, p. 82.

selon nous, une erreur, car précisément l'un des points où le droit attique a été le moins libéral concerne la situation de la femme. Nous devons reconnaître cependant que la législation attique recélait des germes féconds de civilisation et de progrès, germes dont, par suite d'un travail dont il est difficile de saisir l'évolution, les sociétés modernes recueillent actuellement les fruits. Le droit attique peut ainsi être considéré comme un facteur non négligeable dans l'élaboration de nos codes, et si ce droit pouvait être mieux connu, nous verrions peut-être qu'il en forme un élément beaucoup plus important qu'on ne peut le supposer.

Abstraction faite, du reste, de l'influence que le droit grec a pu avoir directement sur la formation du droit romain et indirectement sur celle du nôtre, l'étude de ce droit s'impose à l'historien comme celle d'une des manifestations du génie grec. On se livre, depuis un certain nombre d'années, à des investigations approfondies pour reconstituer le passé juridique des peuples issus de la grande souche indo-européenne. Or, si le droit romain doit, à cet effet, être mis largement à contribution, surtout de celui des premières époques, on peut demander au droit grec de féconds enseignements sur les caractères de ce droit primitif fondé sur des croyances communes aux divers peuples de race aryenne, dominant alors la vie publique et privée et règlant implicitement

toutes les relations sociales. Le droit grec est même, à cet égard, beaucoup plus intéressant que le droit romain, car il se rapproche davantage des lois de la nation mère, c'est-à-dire des lois de Manou. C'est ce que prouve notamment la législation si curieuse de l'épiclérat. Il est vrai que les lois attiques relatives à l'organisation de la famille, telles que nous les trouvons dans les orateurs, ne sont plus celles du droit primitif né tout entier d'une étroite et puissante conception religieuse, comme le droit de l'Inde. Le sentiment individualiste, ou plutôt l'équité et la raison l'ont déjà pénétré. Néanmoins il est encore empreint, à un plus haut degré que le droit romain, des idées religieuses qui ont été le fondement de toutes les législations antiques. Enfin, à un point de vue spécial, un autre intérêt, et ce n'est pas un des moindres, s'attache à l'étude du droit attique. Si, en effet, comme cela est évident, l'avenir appartient aux idées démocratiques, il importe de rechercher comment la nation où ces idées ont atteint peut-être le plus haut point où elles puissent s'élever, parvint à les faire pénétrer dans son droit civil.

Si l'indifférence de la plupart des juristes modernes pour le droit grec ne peut se justifier par le défaut d'intérêt, elle s'explique cependant assez facilement par la dispersion et l'insuffisance des matériaux juridiques. Les lois romaines nous sont parvenues par des textes d'une richesse incomparable

et par les importantes compilations de Justinien, où aucun point du droit n'est omis et où sont rapportées les opinions motivées des plus célèbres jurisconsultes. Pour la Grèce, rien de semblable. D'abord, avant la découverte de la célèbre loi de Gortyne, il n'y avait guère que deux cités, Sparte et Athènes, dont on pût connaître ou entrevoir la législation civile. Or, à Sparte, il n'y avait pas de législation écrite [1], et les institutions mêmes de Lycurgue paraissent avoir été purement coutumières [2]. Aussi n'est-il nullement étonnant que nous en soyons réduits à des notions fort incomplètes sur le droit des Spartiates, et spécialement sur leur législation civile [3]. Nous sommes mieux renseignés, il est vrai, sur le droit d'Athènes, cependant le travail de reconstruction du droit attique rencontre d'énormes difficultés. « On peut, dit Giraud, se représenter quelle est la condition de l'historien qui se dévoue à cette reconstruction, en songeant aux tortures qui seraient réservées à l'historien du droit français, dans un siècle à venir, si les textes de nos lois périssaient, si les écrits de nos grands jurisconsultes étaient perdus, et s'il ne restait à la postérité, pour déterminer l'ensemble et les contours de notre droit public et de notre droit privé, que des plai-

(1) Inst. Just., § 10, *De jur. natur.*, I, 2.

(2) Barilleau, *Sources du droit*, p. 617.

(3) V. sur la législation de Sparte, *Jannet*, *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*, Paris, 1880.

doyers incomplets de quelques-uns de nos grands avocats et les indications indécises de notre littérature »[1].

Nous ne voulons pas relever ici l'insuffisance des sources du droit attique[2], nous nous bornerons à présenter quelques observations sur deux des plus importantes. Ce sont surtout les orateurs, notamment Isée, Isocrate, Lysias et Démosthène, qui nous fournissent les renseignements les plus complets sur la législation athénienne. Si les plaidoyers que nous possédons avaient eu le sort de ceux qui, beaucoup plus nombreux, ont péri pour nous, il faudrait renoncer à se faire du droit attique aucune idée sûre, même superficielle et générale. Le recueil des orateurs athéniens est pour l'historien du droit un véritable trésor. Mais avec quelle prudence ou plutôt avec quelle défiance ne faut-il point puiser à cette source. Abstraction faite, en effet, de la question d'authenticité qui se pose sérieusement pour plusieurs plaidoyers, et de la question de sincérité qui peut être discutée non moins sérieusement pour nombre des lois ou documents cités dans ces discours[3], c'est avec une réserve extrême que l'on peut user de ces discours composés par des logographes

(1) *Journal des savants*, 1875, p. 781.
(2) V. sur ce point l'excellente étude de notre collègue Barilleau, *in Nouvelle Revue historique du droit*, 1883, p. 613 et s.
(3) Cf. Barilleau, *loc. cit.*, p. 619.

qui, malgré leur talent, n'hésitaient à spéculer sur l'ignorance des juges, à dénaturer au besoin les dispositions de loi qu'ils invoquaient, ou tout au moins à les paraphraser tellement pour les besoins de la cause, comme certains textes cités par Isée, qu'il est presque impossible, sous l'étalage d'une argumentation suspecte et intéressée, de discerner la véritable disposition de la loi. Comme on l'a très bien dit, « caché derrière le plaideur pour lequel il écrivait, le logographe employait, sans être retenu par aucune honte, toutes les ruses du métier ; il ne se familiarisait que trop avec les moyens de colorer, d'arranger, d'altérer la vérité, en parcourant tous les degrés qui de l'hyperbole ou de la réticence, conduisent insensiblement jusqu'au mensonge »[1]. Nous ne pouvons donc utiliser qu'avec une grande discrétion les documents ou les renseignements que les orateurs nous fournissent, et nous devons toujours craindre de tomber dans quelque piège destiné aux héliastes[2]. Nous pourrions, sans doute, nous former une opinion à peu près exacte, si nous possédions les deux plaidoyers en sens contraire prononcés dans la même cause ; mais c'est là un cas tout à fait exceptionnel et, dès lors, il devient le plus souvent impossible de juger avec certitude sur le dire d'une seule partie, en l'absence de tout contradicteur.

(1) H. Weil, *Les harangues de Démosthène*, 1893, p. 14.
(2) Cf. Caillemer, *Successions*, p. 4.

Au premier abord, on croit pouvoir puiser largement dans une autre source, plus abondante en apparence, à savoir dans les écrits des grammairiens et des lexicographes, qui se sont efforcés d'élucider les textes des auteurs classiques, non-seulement au point de vue de la langue mais encore à celui du droit. Mais cet espoir ne tarde pas à être déçu. A côté de définitions excellentes, donnant des notions exactes sur la législation ou sur des faits historiques, on rencontre une masse d'indications erronées où l'ignorance et la fable se trouvent tellement mêlées à la science et à la vérité, qu'il est souvent bien difficile et bien dangereux de chercher dans cet amas indigeste de renseignements les moyens de reconstituer le droit attique. Bœckh n'a point porté un jugement trop sévère, quand il disait que chercher dans le fatras des grammairiens les éléments d'une reconstitution du droit d'Athènes, ce serait le travail d'Hercule ou plutôt de Sisyphe [1].

Quant aux rhéteurs ou sophistes contemporains des empereurs romains, on pourrait croire que, voués par état à l'étude des antiquités helléniques, ils nous ont fidèlement exposé la législation du pays qui faisait l'objet de leurs constantes études. Mais il suffit d'en lire quelques pages pour s'apercevoir que les rêves de l'imagination se sont fréquemment subs-

(1) Bœckh, t. I, p. 425.

titués aux réalités de l'histoire, et que ces écrivains se créaient une législation de fantaisie, probablement, comme on l'a dit, parce qu'elle s'adaptait mieux aux exercices de déclamation de leurs élèves [1]. Une observation qui, du reste, s'applique à eux comme aux plus anciens grammairiens, c'est qu'ils écrivaient à une époque où le droit grec s'était déjà profondément altéré au contact de la législation des vainqueurs, de sorte que, même sur les points où rhéteurs et lexicographes rapportent fidèlement les institutions de la Grèce, on ne doit jamais accepter que sous bénéfice d'inventaire les notions juridiques qu'ils nous fournissent.

Les documents épigraphiques forment sans doute une source directe et sincère, qui devient tous les jours plus importante et qui est en quelque sorte inépuisable. Elle alimente non-seulement le droit public, mais encore le droit privé, et nous connaissons aujourd'hui par des inscriptions nombre d'actes privés, conventions, inventaires, affranchissements, donations, constitutions d'hypothèque. Nous possédons même quelques fragments de lois civiles. Malheureusement ces documents, malgré leur nombre qui s'accroît tous les jours, ne se réfèrent qu'à des points isolés et spéciaux. S'ils valent par l'authenticité et par le nombre, ils sont absolument insuffisants pour

(1) Thonissen, p. X.

permettre à eux seuls une reconstitution du droit attique, et il y a même certaines matières, et ce sont quelquefois les plus importantes, où ils font jusqu'à présent absolument défaut.

On peut voir aisément, par les quelques observations que nous venons de présenter sur l'état des sources, dans quelles conditions difficiles a dû se former la science du droit grec et quel terrain ingrat à défricher formait son histoire. C'est à cette œuvre cependant que s'était déjà appliquée avec patience l'ancienne érudition française, alors que l'on ne possédait encore qu'une faible partie des documents qui sont aujourd'hui à la disposition des historiens. Déjà nos grands jurisconsultes du XVI[e] siècle avaient compris le parti que l'on pourrait tirer des lois de la Grèce pour l'intelligence du droit romain, et les commentaires d'un des plus célèbres, de Cujas, renferment de nombreuses citations des plaidoyers des orateurs athéniens. Mais, abstraction faite de l'esquisse publiée par Pardoux Duprat, c'est au XVII[e] siècle seulement que l'on commença à étudier le droit grec pour lui-même, et principalement en Hollande. Meursius, dans un travail qui attestait plus de savoir que de critique, entreprit d'exposer les principales lois de Solon et de Dracon. La *Themis attica* n'est toutefois qu'une bien faible composition, et c'est à un Français, Samuel Petit, que revient l'honneur du premier travail sérieux sur l'ensemble du droit grec.

Les *Leges atticæ*, où il a réuni en un seul corps et pourvu d'un commentaire tous les fragments des lois de Solon connus de son temps, ont longtemps joui d'une légitime autorité et servi de base à toutes les recherches entreprises sur le droit athénien. Ce travail, remarquable pour l'époque, renferme néanmoins de nombreuses erreurs, dues pour la plupart à l'insuffisance des documents que l'auteur avait à sa disposition et aussi à sa trop grande préoccupation de la forme romaine. A la même époque, deux autres français, Saumaise, professeur à Leyde et Hérault, professeur à Sedan, ont publié sur le droit grec des traités que l'on peut encore aujourd'hui consulter avec fruit, malgré leurs défauts et leurs lacunes. L'ouvrage de Hérault aurait même été placé bien au-dessus du recueil de Petit, si son auteur, au lieu de disperser sa science dans des observations de détail, avait exposé sous une forme dogmatique et dans un ordre méthodique le résultat de ses savantes recherches [1].

Après Petit, Saumaise et Héraut, l'étude du droit grec subit un nouveau temps d'arrêt et, dans le cours du XVIIIe siècle, on ne peut guère signaler que la traduction anglaise des plaidoyers d'Isée avec un exposé du droit de succession à Athènes publiée par W. Jones à Oxford, en 1779. Mais, vers la fin de ce siècle et au commencement du XIXe, un mouvement de ré-

(1) Dareste, *in Journal des Savants*, 1885, p. 266.

novation se produisait sous l'impulsion de deux grands éditeurs des orateurs grecs, Taylor et Reiske, plus philologues que jurisconsultes, sans doute, mais beaucoup plus pénétrés que leurs devanciers de l'originalité et de l'intérêt des institutions grecques. La voie était ouverte, et la science allemande ne tarda pas à s'y engager avec ardeur. L'Académie de Berlin témoigna de l'intérêt qu'elle attachait à ces études en mettant au concours l'exposition de la procédure athénienne, et de 1822 à 1824 furent publiés sur cette question trois ouvrages importants, ceux de Meier et Schömann, de Platner et de Heffter, qui sont devenus la base des études modernes sur le droit attique. Ces traités, en effet, surtout celui de Meier et Schömann, qui fut couronné, ne se sont pas bornés à exposer le mécanisme de l'organisation judiciaire et de la procédure. Ils sont également entrés, à propos des diverses actions soumises aux tribunaux, dans l'étude au fond des institutions du droit public et du droit privé d'Athènes. Aux auteurs que nous venons de citer sont venus s'en joindre d'autres tels que Bunsen, Klenze, Ganz, Hudtwalcker, de Boor, Gneist, Schelling, Böckh, Hermann qui, pouvant marcher avec plus de sûreté dans une route que la critique de leurs devanciers avait déjà affermie et habilement disposée ont, soit par des études d'ensemble, soit par des travaux de détail, notablement avancé les progrès de la science.

La France, qui avait pris l'initiative et qui, au XVII[e] siècle, avait fourni de si utiles travailleurs à l'œuvre de reconstitution du droit attique, sembla longtemps fort arriérée dans cette exploration, mais elle n'a pas tardé à reprendre son rang. Une phalange d'érudits, philologues, historiens, ou juristes, s'est levée depuis une trentaine d'années pour soutenir l'honneur de la science française, et grâce à eux nous possédons une série de travaux remarquables sur l'ancien droit grec en général et spécialement sur l'ancien droit attique. Les uns, comme Dareste et Fustel de Coulanges, abstraction faite de leurs savantes études sur des points de détail, ont surtout cherché à pénétrer l'esprit des institutions antiques et nous ont montré les idées religieuses ou philosophiques qui ont présidé à leur formation et à leur développement. Les autres comme Caillemer, Barilleau, Foucart, Guiraud, Lécrivain, se sont principalement préoccupés de résoudre certains problèmes spéciaux de l'histoire du droit privé [1]. Caillemer notamment, dans une série de dissertations remarquables, a élucidé les points les plus importants de la théorie si délicate des obligations et a magistralement et presque définitivement fixé la théorie des successions. Il est fort regrettable, qu'absorbé par des travaux divers, notre

(1) Nous faisons abstraction ici de ceux qui, comme Perrot et Thonissen, se sont spécialement livrés à l'étude du droit public.

éminent collègue n'ait pu se résoudre à publier une histoire du droit privé hellénique considéré dans son ensemble, histoire pour laquelle il aurait été mieux préparé que tout autre.

L'Allemagne continue, de son côté, de rivaliser avec la France sur ce terrain pacifique comme sur d'autres. Ses jurisconsultes et ses philologues nous ont fourni, surtout depuis quelques années, nombre de travaux qui se distinguent par une profonde érudition, et parmi lesquels se distinguent ceux de Buermann, Büchsenschütz, Hafter, Hitzig, Hofmann, B. W. Leist, G. A. Leist, Lipsius, Philippi, Schulin, Schulthess, Thalheim. La Hollande, avec Van den Es, l'Autriche-Hongrie, avec Hruza, Szanto, Mitteis et Télfy, l'Italie avec Biagio Brugi, Ciccotti et Comparetti, ont également participé au mouvement de rénovation du droit grec.

Sans doute, malgré les travaux des auteurs que nous venons de mentionner, et nous ne les avons pas tous cités, bien des détails n'ont pas encore été explorés et nombre de questions fort importantes attendent encore leur solution définitive. Il nous semble néanmoins que, sur la plupart des points, les matériaux sont prêts et qu'on peut les mettre en œuvre pour restituer le droit civil athénien dans son ensemble et dans sa conception systématique. Les textes nouvellement découverts, plaidoyers, traités ou inscriptions, ont éclairé bien des matières qui

étaient absolument indéchiffrables pour Samuel Petit et ses contemporains, et même pendant la première moitié de ce siècle. Aussi, malgré les lacunes inévitables, que ne peut manquer de présenter encore un semblable travail, lacunes qui ne portent, d'ailleurs, en général, que sur des points secondaires, croyons-nous possible de réunir et de coordonner les éléments jusqu'ici épars de la science du droit attique pour en composer un traité général et à peu près complet. Une œuvre de ce genre ne saurait toutefois offrir la rigueur, la méthode et la proportion que l'on est en droit d'exiger, par exemple, d'un travail analogue sur le droit romain. Mais la raison en est, ainsi que nous l'avons montré, dans l'état des sources qui, quelquefois fort abondantes sur certains points, comme sur les successions, sont à peu près taries sur d'autres, comme sur les servitudes. L'exposition, d'autre part, diffère forcément suivant qu'il s'agit du droit attique ou du droit romain, et toujours pour les mêmes motifs, notamment parce qu'il faut ordinairement, pour Athènes, avant d'avoir à tirer les corollaires d'un principe, déduire ce dernier avec plus ou moins de difficultés de textes incertains ou contradictoires. Aussi un traité de droit attique ne peut-il être le plus souvent qu'une œuvre de critique et de discussion et non un exposé dogmatique, tel que peut en composer un historien qui a à sa disposition les richesses inépuisables du Digeste et des Codes impériaux.

Ces controverses multiples, qui s'élèvent à chaque pas, et que nous avons parfois allongées peut-être plus que nous l'aurions voulu, peuvent, sans doute, jeter un certain trouble et entraîner une disproportion apparente dans nos développements. Mais chaque fois que nous les avons rencontrées, nous n'avons pas hésité à les approfondir et à faire tous nos efforts pour en trouver la solution, laissant à des successeurs plus instruits et mieux renseignés le soin d'élaguer et de ramener méthodiquement à de plus égales dimensions les différentes parties d'un travail que nous avons voulu faire aussi complet que possible.

C'est, du reste, en jurisconsulte uniquement que nous avons étudié le droit attique. Si, comme nous l'avons dit, certains de nos prédécesseurs, et ce ne sont pas les moins remarquables, se sont montrés beaucoup plus philologues que juristes, c'est certainement le reproche inverse qu'on pourra nous adresser, et à juste titre. Aussi présentons-nous par avance toutes nos excuses aux philologues pour les hérésies que nous avons pu commettre dans leur domaine. Si néanmoins nous n'avons pas hésité à assumer une aussi lourde responsabilité que celle qui consiste à écrire un traité de droit attique, c'est que nous avons pensé que, même avec notre compétence restreinte, nous pouvions encore être de quelque utilité aux jurisconsultes, et même à l'occasion aux littérateurs, en

réunissant en un seul corps des matériaux épars et souvent fort difficiles à rassembler, et en passant les travaux de nos devanciers au crible d'une critique impartiale et dénuée de ce parti pris que l'on rencontre souvent dans les monographies sur des points isolés du droit. Leurs auteurs, en effet, n'ont point à se préoccuper de combiner avec les autres institutions juridiques qu'ils laissent de côté les opinions qu'ils émettent sur la matière spéciale qu'ils traitent. Aussi, dans le cours de ce travail, nous est-il arrivé plus d'une fois d'abandonner un système que nous avions cru d'abord fermement établi, en voyant qu'il était inconciliable avec d'autres opinions que nous estimions encore plus certaines.

Il eût été, sans doute, fort intéressant de présenter un tableau d'ensemble du droit privé chez les divers peuples de race hellénique, et on pourra nous reprocher de nous être limité au droit attique. Nous reconnaissons qu'en effet le droit grec, malgré la multiplicité des législations propres à chacune des républiques indépendantes, du monde hellénique, présente une certaine unité qui rendrait possible une histoire générale des institutions juridiques grecques. Cette unité est, du reste, toute naturelle, puisque les citoyens de ces diverses républiques venaient tous d'une souche commune, et nous aurons maintes fois l'occasion de signaler la quasi-identité de législation des différentes cités helléniques, non seulement

à propos du droit de famille, mais aussi à propos du droit de propriété et du droit des obligations [1]. Nous nous sommes cependant volontairement borné aux lois d'Athènes, et cela pour plusieurs raisons. Nous pourrions dire d'abord, avec plusieurs de nos prédécesseurs, que, pour la postérité, la Grèce toute entière se réduit à la ville d'Athènes. « Athènes, comme le dit Schœmann, est appelée avec raison la lumière et l'ornement de la Grèce, l'Hellade dans l'Hellade. Si l'on célèbre la Grèce comme la contrée où s'est épanouie le plus librement la culture humaine, c'est avant tout à Athènes que l'on pense [2] ». Etudier les lois de cette ville, qui était à la fois le centre et la plus haute expression de la civilisation hellénique, c'est bien, en réalité, « assister aux manifestations les plus élevées du génie législatif de la Grèce » [3]. Les lois d'Athènes sont, par suite, à peu près les seules qui aient eu une action directe non seulement sur les autres lois de la Grèce, surtout sur celles des cités ioniennes, mais encore sur les lois de Rome elle-même. Aussi les jurisconsultes romains, quand, malgré leur orgueil national, ils se décidaient à avouer l'influence du droit grec sur le leur, se référaient-ils aux lois de Solon, et non point à celles d'autres législateurs non moins

(1) V. a ce sujet, Mitteis, p. 62 et s.
(2) Trad. Galuski, t. I, p. 358.
(3) Thonissen, p. 1.

célèbres de la Grèce, comme Charondas ou Pittacus.

Une autre raison qui nous a conduit à nous restreindre à la législation athénienne, et elle est plus sérieuse que la première, c'est qu'en dehors d'Athènes, l'état actuel des sources ne permet pas de construire une théorie générale d'une autre législation quelconque de la Grèce. Il faudrait donc, pour les autres cités grecques, si l'on ne voulait se jeter dans des conjectures hasardées, se contenter, sauf sur certains points de détail, d'inutiles généralités. Nous mettons à part, bien entendu, le droit crétois dont la découverte récente de la célèbre loi de Gortyne a permis de reconstituer nombre de parties intéressantes, notamment celles qui ont trait à la condition des personnes, au mariage, à l'adoption, à l'épiclérat, aux successions et certaines parties des obligations. Mais les lois crétoises ont déjà été l'objet en France, en Allemagne et en Italie de plusieurs savants commentaires auxquels nous n'aurions eu presque rien à ajouter. L'historien du droit privé athénien ne peut cependant faire complètement abstraction des autres législations de la Grèce, et cela précisément en raison de l'unité du droit grec que nous avons précédemment signalée. Il est, en conséquence, souvent autorisé à combler les lacunes ou à éclaircir les obscurités du droit d'Athènes au moyen des documents qui nous ont été conservés pour les autres villes de civilisation

hellénique. Nous verrons que les monuments épigraphiques que l'on a découverts sur les différents points du monde grec, et qui deviennent tous les jours plus nombreux, peuvent servir à résoudre plus d'un problème du droit attique, spécialement en ce qui concerne la constitution de dot, le régime hypothécaire et quelques-uns des contrats les plus importants, comme les contrats de vente, de louage, de prêt et d'entreprise.

Ce qui fait une grande partie de l'intérêt historique et scientifique du droit romain, c'est qu'il est permis, en général, d'en suivre assez facilement le développement, de voir comment la simplicité primitive, fondée sur la rigueur et le formalisme, a été successivement remplacée par une grande complexité, née du besoin de concilier le texte des lois primitives, toujours restées en vigueur, avec les exigences de la raison et de l'équité, et comment enfin on en est revenu, sous les empereurs chrétiens, à un droit simplifié, comme au début, mais fondé sur des principes analogues à ceux qui inspirent les législations modernes. Il est impossible, au contraire, de saisir et d'exposer une semblable évolution du droit attique. Nous pouvons bien, sur certains points, apercevoir dans les premiers poètes de la Grèce, dans Homère et dans Hésiode, les traces des institutions primitives pratiquées à une époque où le régime patriarcal était encore en vigueur. Mais on ne peut se livrer

qu'à de simples conjectures, car souvent le sens même des termes employés par ces auteurs ne peut être fixé avec certitude.

En laissant de côté la période héroïque et en se bornant même à l'époque historique, dont le point de départ se trouve lors de la rédaction des lois de Solon, il est bien difficile de suivre le développement du droit attique, car nous manquons la plupart du temps des renseignements nécessaires pour savoir quelle part il faut faire précisément, dans la législation, d'un côté aux lois de Solon et de l'autre aux lois qu'ont ajoutées au fond primitif tel ou tel de ses continuateurs, ou aux coutumes qui sont venues modifier insensiblement les lois de Solon ou de ses successeurs. Sans doute, à en croire les orateurs, les lois qu'ils citent dans leurs plaidoyers auraient presque toutes eu Solon pour auteur, mais il n'y a là qu'un artifice oratoire destiné à influencer des juges ignorants. Les textes originaux des prescriptions soloniennes n'avaient point inspiré le respect séculaire qui entoura à Rome les règles de la loi des XII Tables. Leur autorité s'était affaiblie ; le soin de leur conservation avait été négligé, et il est certain qu'ils étaient déjà sensiblement altérés à l'époque où Démosthène et les orateurs ses rivaux s'en prévalaient en les attribuant à Solon. Comme le dit très justement Perrot [1], « nous n'avons sur la législation athé-

(1) Perrot, *Droit public*, p. LIII.

nienne que des données bien incomplètes et bien fragmentaires ; c'est donc à peine si, en rassemblant tous les textes, de quelque date qu'ils soient, nous arrivons à nous faire une juste idée de l'ensemble. Si nous prétendons traiter séparément l'œuvre législative de Solon et celle de ses successeurs, nous n'avons plus que des détails qui ne s'assemblent et ne se rejoignent pas, qui souvent même se contredisent ; toute vue générale nous est à peu près interdite. Mieux vaut ne pas s'attarder à des distinctions où il est bien difficile de porter quelque rigueur, à des déterminations qui sont presque toujours purement conjecturales ; mieux vaut se placer tout d'abord en face de la législation athénienne, telle qu'elle existait dans le dernier siècle de la république, entre le rétablissement de la démocratie par Thrasybule et la guerre lamiaque. » Cette règle que pose Perrot pour l'histoire du droit public athénien, sera aussi à peu près la nôtre pour l'histoire du droit privé. Le plus souvent nous nous bornerons à exposer le droit de ce que nous nommons l'époque classique, c'est-à-dire de cette période de moins d'un siècle pendant laquelle ont fleuri les grands orateurs, Lysias, Isée, Eschine et Démosthène, auxquels nous devons la plus grande partie des renseignements que nous possédons sur le droit attique. C'est à cette période également que se rapportent les monuments épigraphiques les plus importants. C'est alors que la législa-

tion athénienne a acquis en quelque sorte sa forme définitive, après la révision générale des lois de Solon à laquelle on procéda sous l'archontat d'Euclide, révision qui s'attachait autant au fond qu'à la forme, mais sur laquelle malheureusement les détails nous font défaut.

Dans notre exposé du droit attique nous nous en sommes tenu aussi rigoureusement que possible à ce que l'on nomme le droit privé, c'est-à-dire à cette partie du droit qui embrasse les rapports d'homme à homme, que ces rapports naissent de la situation d'un individu comme faisant partie d'une famille, ou des droits qu'il peut exercer directement sur certaines choses, ou enfin des droits dérivant des engagements pris envers lui directement ou indirectement par autrui. Nous avons donc laissé en dehors de notre travail le droit public, c'est-à-dire cette partie du droit qui règle les rapports de l'individu avec l'association politique dont il est l'un des membres. C'est pour cette raison que, dans l'étude du droit des personnes, nous nous somme borné à examiner la situation de l'individu au point de vue de la famille et de la liberté, en négligeant ce qui a trait au droit de cité. Les règles concernant l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen sont bien, il est vrai, placées par certains législateurs dans le code du droit privé [1]. Mais elles font plutôt partie du

(1) V. notamment art. 7 et s. du code civil.

droit public et, dans d'autres pays, elles figurent beaucoup plus exactement dans la constitution même. Suivant donc sur ce point l'exemple de Hermann [1], nous ne nous préoccuperons des questions de nationalité que dans les rapports qu'elles peuvent avoir avec la jouissance de certains droits civils, tels que celui de contracter mariage. C'est également en nous plaçant exclusivement à ce point de vue que nous parlerons, le cas échéant, des diverses associations, γένος, phratrie, dème, qui ont joué un si grand rôle à Athènes et qui interviennent dans les actes les plus importants de la vie de famille. Nous laisserons pareillement de côté, en principe, tout ce qui a trait au droit criminel, même sur des points qui peuvent très bien se rattacher au droit privé, comme les actions pénales protectrices du droit de propriété ou les faits générateurs d'obligations délictuelles. Il y aurait là, en effet, un empiètement sur le droit public, et du reste, le droit pénal de la république athénienne a déjà fait l'objet d'une étude récente et assez complète, celle de Thonissen.

Nous aurions dû, après avoir exposé les différents droits de famille, de propriété ou d'obligation, indiquer les règles relatives à leur sanction, c'est-à-dire les règles de procédure, y compris la théorie des preuves qui sont administrées devant les tribunaux.

(1) Hermann étudie ces règles dans son volume consacré aux *Staatsalterthümer* et non dans celui qui a pour objet les *Privatalterthümer*.

Mais la procédure civile, quoique faisant partie du droit privé, a des rapports intimes, surtout à Athènes, avec l'organisation judiciaire et l'étude de l'une ne peut guère être séparée de celle de l'autre. Aussi avons-nous préféré remettre à un traité ultérieur, consacré à la fois à l'organisation judiciaire et à la procédure, l'examen du droit sanctionnateur. Le traité que nous publions actuellement pourrait donc être intitulé plus exactement : histoire du droit civil athénien. Au surplus, à la différence de ce qui a lieu pour le droit civil, le besoin d'un travail d'ensemble ne se fait point sentir actuellement pour la procédure, car nous possédons sur cette matière un excellent livre, auquel il y aurait peu à ajouter pour le moment, celui de Meier et Schœmann, revu par Lipsius.

Dans l'étude que nous avons entreprise sur les institutions du droit privé attique, il nous est souvent arrivé de prendre pour point de départ de nos explications les institutions correspondantes du droit romain. Ce rapprochement est tout naturel, d'un côté en raison de l'influence précédemment signalée que le droit grec peut avoir exercée sur le droit romain, et d'un autre côté par ce motif que le droit romain est celui de tous les droits de l'antiquité que nous connaissons le mieux. C'est ce que remarquait notre regretté maître Dubois : « Il ne m'est guère possible, disait-il, de lire quelque chose sur le droit

grec ou même sur toute autre législation, sans que la comparaison avec le droit romain se présente immédiatement à notre esprit »[1]. Nous estimons même que souvent il est légitime de conclure de la législation romaine à la législation attique, pourvu que le raisonnement s'appuie déjà sur d'autres preuves ou sur des analogies frappantes. Mais nous n'ignorons pas que, s'il existe entre les deux législations des ressemblances indéniables en vertu de la loi d'hérédité, c'est-à-dire de la communauté de race, il y a par contre des différences profondes et en quelque sorte fondamentales provenant de la loi des milieux, c'est-à-dire des différences de civilisation et de développement politique, moral et matériel. Il faut donc, dans l'étude du droit grec, user avec une grande prudence du droit romain, surtout dans les matières qui, plus que d'autres, subissent l'influence de la loi des milieux[2]. Il faut se défier aussi des analogies modernes, et si l'on trouve dans les lois grecques des ressemblances frappantes avec nos lois actuelles, il faut s'attendre à rencontrer des différences profondes et souvent inexplicables à première vue, parce que les anciens concevaient les choses autrement que nous. On doit se garder de leur prêter nos idées et nos habitudes et se contenter d'étudier leur législation d'après les monuments que nous

(1) *Nouvelle Revue historique du droit*, 1881, p. 140.
(2) V. sur la loi d'hérédité et la loi des milieux, Dubois, *loc. cit.*, p. 142.

avons sous les yeux, sans argumenter à outrance pour critiquer ou nier une institution dont le sens nous échappe parce que nous ne nous rendons compte qu'imparfaitement du milieu où elle était pratiquée.

Dans le cadre que nous nous sommes tracé, nous ne prétendons pas avoir éclairci tous les doutes ni approfondi tous les points sur lesquels peut se porter l'attention de l'historien ou du jurisconsulte. Même sur les questions que nous avons examinées avec le plus d'attention, nous ne faisons point l'illusion d'avoir fixé définitivement la doctrine. Nous savons parfaitement que l'argumentation, même la plus solide en apparence, peut, sur ce terrain si mouvant du droit attique, être renversée demain par la découverte d'un de ces textes qui, comme le traité d'Aristote sur la constitution d'Athènes, ou comme la loi de Gortyne, sont venus bouleverser profondément des résultats que l'on croyait bien acquis. Nos successeurs, mieux documentés et probablement aussi plus expérimentés dans la science du droit ou dans celle de la philologie, pourront considérer notre travail du même œil que nous envisageons aujourd'hui l'œuvre des Saumaise ou des Samuel Petit. Qu'ils tempèrent toutefois leur critique en songeant à ces généreuses paroles du poète de l'Ombrie :

Quod si deficiant vires, audacia certe
Laus erit : in magnis et voluisse sat est [1].

(1) Properce, *Elégies*, liv. II, c. 10.

Nous aurons de notre côté atteint notre but, et notre travail n'aura point été inutile, malgré ses imperfections, si nous avons réussi à faciliter momentanément l'étude de l'ancien droit attique, et si nous avons contribué à faire restituer aux lois athéniennes la place qui leur revient à juste titre dans l'histoire comparée des législations.

Novéant-sur-Moselle, 15 août 1896.

LIVRE PREMIER

DROIT DE FAMILLE

TITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ORGANISATION DE LA FAMILLE. LA PARENTÉ.

§ 1. — *La famille à Athènes.*

A Athènes, ainsi que dans toutes les cités antiques, la famille n'est pas seulement la base de la société, comme elle l'est encore aujourd'hui et comme elle le sera probablement toujours; elle forme, en outre, le cadre de l'organisation politique et sociale, car la cité y est beaucoup moins une association des citoyens qu'une réunion des diverses familles établies sur son territoire. Cela tient à ce que le temps n'était pas encore très éloigné où l'État n'existait pas et où l'on ne connaissait d'autre forme de société que la famille. C'est, en effet, une idée qui paraît aujourd'hui à peu près indiscutable, que la famille a précédé l'État et que, dans l'histoire de chaque peuple, il y a eu une période où l'autorité ne se présentait que sous la forme domestique, où le droit ne consistait que dans des traditions domestiques, et où les pouvoirs judiciaire et législatif se trouvaient personnifiés dans le chef de la famille.

Les philosophes et les historiens de la Grèce nous fournissent des preuves manifestes de cette antériorité de la

famille par rapport à l'État hellénique. Ainsi, Platon [1] nous dit, dans son *Traité des Lois*, que les hommes furent d'abord soumis au régime du patriarcat, et pour le définir, il cite les vers d'Homère sur les Cyclopes : « Ils n'ont pas d'assemblées délibérantes sur l'agora, ni de lois...; chacun fait la loi à sa femme et à ses enfants sans se soucier du voisin » [2]. Aristote [3], invoquant la même autorité que Platon, reconnaît qu'à l'origine toutes les familles isolées se gouvernaient ainsi. Pour lui, l'association la plus ancienne que les hommes aient pratiquée, c'est la bourgade (κώμη) que, dit-il, on pourrait bien justement nommer une colonie naturelle de la famille, car les individus qui composent la bourgade, ont en quelque sorte sucé le lait de la famille (ὁμογάλακτες) ; ce sont « ses enfants et les enfants de ses enfants. »

Ces vues des philosophes n'étaient point le simple fruit de leur imagination et elles s'appuyaient, au contraire, sur des faits. Ainsi Platon [4] affirme que de son temps il subsistait quelques traces du régime patriarcal, non seulement chez les barbares, mais même chez les Grecs. Pour Athènes notamment, nous savons par un certain nombre de légendes, dont la valeur historique ne peut être déniée [5], qu'il existait dans l'ancienne Attique des familles aristocratiques, ou γένη, à une époque où la cité athénienne n'était point encore formée [6]. D'après Thucydide, avant l'époque où Thésée créa l'unité athénienne, l'Attique était morcelée en

(1) Platon, *Leges*, III, p. 680 C.

(2) Homère, *Odyssée*, IX, 112-115 : τοῖσιν δ' οὔτ' ἀγοραὶ βουληφόροι οὔτε θέμιστες.... θεμιστεύει δὲ ἕκαστος παίδων ἠδ' ἀλόχων, οὐδ' ἀλλήλων ἀλέγουσιν.

(3) Aristote, *Politique*, I, 1, 7.

(4) Platon, *loc. cit.*

(5) Cf. sur la portée de ces légendes, Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 122.

(6) Cf. sur ces vieilles familles : Koutorga, *Traité sur la tribu en Attique*, p. 121 et s.; Bossler, *De gentibus et familiis Atticæ sacerdotalibus*, 1833 ; Töpffer, *Attische Genealogie*, 1889.

une multitude de petits cantons isolés, sur lesquels se trouvait établie une famille avec son foyer sacré, son petit prytanée, son sanctuaire [1]. Cet historien ajoute que, même après la fondation de la cité par Thésée, « les Athéniens vécurent dans la campagne, chaque famille ayant sa vie isolée et indépendante, οἰκήσει αὐτονόμῳ. » Ce n'est donc point subitement que l'on est arrivé à distinguer la cité de la famille et à ne plus confondre ces deux idées. Pendant longtemps, comme on l'a très bien observé, « la cité athénienne n'est qu'une extension et qu'une copie de la famille; la famille est le type sur lequel se règle la cité et qu'elle cherche à reproduire dans de plus grandes proportions. Toute somme peut se décomposer en unités d'un certain ordre; or, les unités dont est formée la cité primitive, ce ne sont pas des individus, mais d'abord des familles, puis surtout des groupes de familles, ces agrégations qu'Athènes appelle γένη et φράτριαι [2]. »

Même après les réformes de Solon et celles plus radicales de Clisthène, quand on arriva à cette conception de l'Etat qui devait prévaloir dans les sociétés modernes, c'est-à-dire quand l'unité ne fut plus la famille mais l'individu, le citoyen, on ne put rompre complètement avec le passé : on conserva nombre des usages, des rites et des locutions consacrés, et l'on maintint les relations héréditaires ainsi que la plupart des règles du droit privé qui dataient de la période primitive. Si l'on ne retrouve pas la famille patriarcale, envisagée comme une société distincte et indépendante, avec son chef, son culte et ses lois, la famille nouvelle n'en demeure pas moins considérée comme un des éléments les plus importants de l'Etat. Le législateur athénien se préoccupe d'une façon toute particulière, et que ne connaissent plus les lois modernes, d'assurer la conservation des famil-

(1) Thucydide, II, 15. — Cf. Plutarque, *Thésée*, 24.
(2) Perrot, *Droit public*, p. 132.

les dont la réunion compose le corps social, et une loi célèbre, dont nous aurons maintes fois l'occasion de parler, charge spécialement l'archonte de prévenir l'extinction des familles, de veiller à ce que « les maisons ne deviennent point désertes [1]. » Cette préoccupation se retrouve dans la plupart des dispositions relatives à l'organisation de la famille ; elle explique notamment la législation concernant les épiclères, l'absence presque complète d'empêchements au mariage provenant de la parenté, les règles sur l'adoption et les lois de dévolution des successions [2].

Quelle est donc cette famille qui joue un rôle si considérable dans l'histoire du droit attique ? Il faut, à cet égard, distinguer soigneusement le γένος de l'οἶκος. D'une manière générale, on peut dire que le γένος correspond à la famille patriarcale et même à une association plus large encore, tandis que l'οἶκος représente la famille ramenée aux proportions plus étroites qu'elle a dans le droit moderne. En Grèce, la famille dut avoir originairement le même aspect qu'elle présente encore aujourd'hui chez certains peuples qui ont conservé les institutions primitives, comme la zadruga croate [3]. C'est ce que l'on peut induire de la description que fait Homère, soit de la famille de Priam, soit de celle de Nestor [4]. Le γένος attique ne dut être d'abord qu'une sorte de famille patriarcale, une association fondée sur la parenté réelle, ainsi que le prouve l'épithète de ὁμογάλακτες, nourris du même lait, qui est appliquée à ses membres [5]. Si toutefois c'est une erreur aujourd'hui bien démontrée que de considérer l'ancien γένος comme une association factice où la

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 75 : ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω τῶν οἴκων τῶν ἐξερημουμένων.

(2) Cf. Hermann-Thumser, p. 451.

(3) Cf. De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 467 ; Guiraud, p. 47.

(4) *Iliade*, VI, 243 et s.; *Odyssée*, III, 412-415, 451. — Cf. Guiraud, *loc. cit.*

(5) Cf. Aristote, *loc. cit.*; Philochore, fr. 91 ; Harpocration, v° γεννῆται ; Phothius et Hésychius, v° ὁμογάλακτες.

parenté n'entrait pour rien, ce serait également se tromper que d'y voir, à l'inverse, un groupe fondé uniquement sur les liens du sang. Le [1] γένος, ainsi que cela résulte formellement du témoignage des grammairiens et des scholiastes [2], est un groupe à la fois naturel et artificiel, et il comprend en même temps les descendants naturels d'un ancêtre commun et quantité d'autres personnes qui leur ont été rattachées par des raisons diverses, comme la communauté de domicile ou d'occupation [3]. Ce qui relie véritablement tous les membres du groupe, c'est le culte commun d'un ancêtre mythique, de quelque personnage antéhistorique et divinisé que les membres du γένος ont été naturellement amenés à considérer comme leur auteur commun, en se regardant eux-mêmes comme des parents éloignés [4].

(1) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 10 ; Guiraud, p. 49.

(2) Harpocration, vº γεννῆται : οὐχ οἱ συγγενεῖς μέντοι ἁπλῶς καὶ οἱ ἐξ αἵματος γεννῆταί τε καὶ ἐκ τοῦ αὐτοῦ γένους ἐκαλοῦντο, ἀλλ' οἱ ἐξ ἀρχῆς εἰς τὰ καλούμενα γένη κατανεμηθέντες. Suidas, vº γεννῆται : οὐχ οἱ ἐκ γένους καὶ ἀφ' αἵματος προσήκοντες, ἀλλ' οἱ ἐκ τῶν γενῶν τῶν συννενεμημένων εἰς τὰς φρατρίας. Cf. Pollux, VIII, 111 ; Etymol. magn., vº γεννῆται ; Lexic. Seguer (Bekker), 227, 9. V. les autres textes cités dans Meier, *De gentilitate attica*, p. 13, note 93. — Les anciens s'imaginaient même que certains législateurs, comme Thésée, avaient déterminé arbitrairement la composition de chaque γένος. Cf. Schol. ad Platon. *Axioch.* 465 ; Plutarque, *Thésée*, 25.

(3) Cf. Philippi, *Beiträge*, p. 10 ; Gilbert, p. 118 ; Perrot, *Droit public*, p. 117-118 ; Töppfer, *loc. cit.*, p. 2 ; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, vº *Eupatrides*, p. 853 ; Schömann-Galuski, t. I, p. 368.

(4) Suivant l'observation très exacte, selon nous, de Perrot (*loc. cit.*, p. 117, note 1) : « La parenté qui existait entre les membres d'un même γένος n'était pas, en général, une parenté réelle, attestée, comme celle des tribus sémitiques, par une généalogie authentique ; c'était une parenté fictive et légendaire, que l'esprit grec admettait volontiers. Des gens attachés au culte des ancêtres remontaient sans effort au-delà de la série des ancêtres naturels, pour faire dériver d'un ancêtre mythique l'origine commune d'un certain nombre de familles. Les traditions les plus anciennes, celles qu'avait mises en œuvre la poésie épique, faisaient des héros les fils des dieux, et des hommes les fils des héros ; rien ne semblait donc plus légitime que de rendre à quelqu'un de ceux-ci les honneurs dus aux aïeux, et tous ceux qui se trouvaient offrir des sacrifices commémoratifs au même héros étaient ainsi conduits à se regarder comme parents éloignés, comme tous issus d'une même souche. Ce premier élar-

Aussi cette association primordiale arriva-t-elle rapidement à être assez nombreuse, et cela d'autant plus facilement que, dans une théorie qui nous paraît fort plausible, elle comprenait non seulement plusieurs branches d'hommes libres descendant du premier ancêtre, réel ou imaginaire, mais encore tout un petit peuple de serviteurs et de clients que la nécessité ou la force avait peu à peu rattachés à celles-ci [1]. Ne se brisant jamais, le γένος ne pouvait que s'accroître par le temps [2].

Ce sont ces γένη, occupant chacun un petit canton du territoire de l'Attique, qui, d'après les traditions auxquelles nous avons fait précédemment allusion, ont préexisté à la formation de la cité, sans qu'aucun lien politique les unît. Chaque groupe, dans lequel la descendance par les mâles ouvrait seule l'entrée [3] et où, par conséquent, la parenté était exclusivement agnatique, avait sa religion particulière, qui était précisément sa raison d'être et son signe caractéristique. De même le γένος avait son chef, ἄρχων, qui réunissait vraisemblablement les fonctions de grand-prêtre et de juge dans l'intérieur de la communauté. Le γένος avait aussi, sans doute, un lieu de réunion (λέσχη) où il faisait ses réglements spéciaux (θέσμια) [4]. On doit également supposer qu'il avait un droit de propriété collectif et, par suite, un droit de succession, en l'absence d'héritiers, sur les biens de chacun de ses membres, bien qu'il ne reste plus trace, à notre avis du moins, d'un droit de ce genre à l'époque classique [5]. En

gissement de la famille, ce groupe de personnes conçues comme ayant toutes ensemble leur premier auteur dans quelque personnage anté-historique et divinisé, c'est le γένος. »

(1) Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 10, et *in* Daremberg et Saglio, v° *Attica respublica*, p. 532, et *Nouvelles recherches*, p. 126.

(2) Les membres de la *gens*, ce sont les γεννῆται, expression que nous traduisons à l'occasion par le mot gennètes, employé par quelques auteurs.

(3) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 5 ; Lécrivain, *loc. cit.* p. 854; Guiraud, p. 49.

(4) Procl. ad Hesiod., *Op. et Dies*, 492. Cf. Lécrivain, *loc. cit.*

(5) Lécrivain, *loc. cit.*; Perrot, *loc. cit.* p. 130, V. *infra*, liv. II, tit. VI, ch. I.

un mot, le γένος formait à lui seul une société complète et indépendante que l'on peut comparer au clan celtique [1]. Il n'existe pas, en effet, dans la langue française d'expression qui rende exactement le mot grec γένος. Le mot *famille* exprime une idée manifestement trop restreinte et de nature à provoquer la confusion. Le mot *race* serait peut-être une traduction plus exacte [2], mais il n'est guère usité. On emploie plus communément le mot latin *gens*, de même étymologie et qui a acquis droit de cité dans notre langue. La *gens* romaine est, il est vrai, une institution fondée sur un principe analogue à celui du γένος attique, et on peut signaler entre les deux associations des ressemblances frappantes. Cependant, tout en employant nous-même à l'occasion le mot *gens* pour désigner le γένος, nous devons observer qu'il y a entre les deux institutions analogie simplement et non point identité, et que l'on pouvait relever entre elles des différences sensibles, que nous n'avons point, du reste, l'intention de signaler ici en raison de l'incertitude qui règne encore sur le caractère de la *gens* romaine.

Nous ne nous proposons pas non plus d'indiquer comment les γένη finirent par s'unir entre eux, en petites confédérations, puis par former une seule association qui fut la cité athénienne. Ce serait faire l'histoire de la formation de la république [3]. Le γένος subsista un certain temps, avec son caractère primitif, même après la constitution de l'unité politique. Il garda son ancien culte, ses usages, ses lois et sa juridiction intérieure. Si, dans l'intérieur de l'association, les gennètes se trouvaient sous l'autorité presque absolue du chef du γένος, c'est-à-dire de l'Eupatride, c'était néanmoins un immense avantage que d'appartenir à l'un des γένη attiques. Sans compter, en effet, la participation à

(1) Perrot, *loc. cit.*
(2) Perrot, *loc. cit.*
(3). V. sur ce point : Fustel de Coulanges, *in* Darenberg et Saglio, *loc. cit.* Lécrivain, *loc. cit.*

la religion, au droit et à la propriété collective du groupe, ainsi que la sécurité et la considération que le γένος procurait à ses membres, quiconque se trouvait en dehors des γένη, soit qu'il s'en fût affranchi, soit qu'il fût d'origine étrangère, était par là même en dehors de la cité, car celle-ci n'était que l'association des tribus, composées des diverses phratries, formées elles-mêmes par la réunion de plusieurs γένη. Tout individu qui ne se rattachait point à un γένος était, en conséquence, réputé étranger et sa condition matérielle et économique se ressentait de l'infériorité de sa condition politique ; il était privé, notamment, du droit de posséder la moindre parcelle du sol attique.

Toutefois, par la force même des choses, le γένος athénien, qui n'avait jamais eu la solide constitution de la *gens* romaine, devait peu à peu perdre sa force et son indépendance primitives. Le régime du γένος était incompatible avec celui de la cité, et celle-ci ne pouvait durer ni se développer qu'à condition de briser le γένος. Cette association était trop nombreuse et trop puissante pour que le pouvoir social, qui se heurtait constamment à elle, n'éprouvât pas le besoin de l'affaiblir et même à la fin de la dissoudre. Dans le conflit permanent qui s'éleva entre les γένη et l'État, ce fut ce dernier qui naturellement finit par triompher, car il répondait mieux aux nécessités de la société et au sentiment d'individualisme qui pénétrait chaque jour davantage dans les mœurs et dans le droit. En conséquence, l'autonomie des groupes primordiaux et le pouvoir de leurs chefs diminuèrent graduellement. Cette évolution dans le droit public et privé avait commencé déjà avant Solon, ainsi qu'on peut le voir par la loi de Dracon sur le meurtre involontaire [1], loi qui reproduisant vraisemblablement un droit antérieur, restreint singulièrement le nombre des parents autorisés à poursuivre le meurtrier et ne parle point des

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 57.

membres du γένος [1]. Solon, bien que sa constitution ne fût pas très fortement démocratique, précipita le changement de régime, notamment par ses grandes réformes sur la seisachthie et la liberté de tester. Enfin Clisthène, pour fonder définitivement la démocratie, n'hésita pas à briser les vieux cadres sociaux, et à transformer radicalement le caractère des γένη. Sans aller jusqu'à les supprimer, il leur enleva toute leur importance politique et civile en établissant de nouveaux groupes, les dèmes, seuls désormais reconnus par la loi politique et par la loi civile et entre lesquels furent répartis les gennètes, non plus d'après la naissance ou la communauté de culte, mais d'après le domicile. Le γένος subsista, sans doute, comme association exclusivement religieuse ; mais, dispersés dans les cent dèmes créés par Clisthène, devenus étrangers les uns aux autres au point de vue civil et politique, les gennètes devaient naturellement perdre leurs habitudes, leur ancien esprit. « Ils se virent plus libres et plus indépendants ; le sentiment de leur personnalité s'accrut, et leurs pensées, comme leurs affections, au lieu de s'égarer sur une multitude de parents qui leur étaient de plus en plus étrangers, s'enfermèrent dans l'horizon plus étroit du petit ménage qui entourait le chef de famille » [2]. Au surplus, même au point de vue religieux, la signification du γένος se trouvait menacée par ce fait que chacun des nouveaux groupes créés par Clisthène avait également son culte, son sanctuaire, son prêtre et ses réunions pour les cérémonies religieuses. Enfin, pour les nouveaux citoyens à qui étaient fermés les γένη d'origine purement attique, se formèrent de nouvelles associations religieuses analogues à celles que constituaient les γένη transformés et, à côté des affiliations qui comprenaient les gennètes, s'établirent de nouvelles confréries ayant un caractère analogue, celles des

(1) Cf. Lécrivain, *loc. cit.*, p. 854.
(2) Guiraud, p. 110.

ὀργεῶνες. Quant aux détails de cette transformation de la constitution athénienne, nous n'avons point à les exposer ici. Nous devions seulement indiquer à grands traits l'antique organisation du γένος en montrant comment elle se modifia graduellement pour faire place à la famille moderne et restreinte, à l'οἶκος qui seule doit nous occuper [1].

Il ne faut pas croire, d'ailleurs, que les anciennes associations aient disparu aussi rapidement qu'on pourrait être tenté de le croire. On doit, en effet, tenir compte de l'esprit conservateur des Athéniens, à qui les γένη originaires et le principe sur lequel ils étaient fondés sont toujours demeurés chers. Ainsi l'on s'enorgueillissait encore, à l'époque de Démosthène, d'appartenir à tel ou tel γένος vénéré [2], et les inscriptions témoignent de la persistance, jusque sous la domination romaine, de γένη célébrant encore régulièrement leurs sacrifices héréditaires [3]. D'autre part, les γένη, considérés comme simples associations religieuses, ont pu avoir, comme toutes les autres corporations, leur patrimoine propre afin de subvenir aux frais du culte de la communauté [4]. Mais, au point de vue du droit civil, le γένος n'a plus aucune signification. Si quelquefois les orateurs invoquent, soit le témoignage des gennètes, soit l'inscription sur les registres de la *gens* [5], ce n'est point que le législateur ait voulu maintenir au γένος un rôle obligatoire dans la vie civile de ses membres. L'intervention des gennètes, en matière d'adoption, par exemple, n'est qu'un élément de preuve ; elle est toute naturelle, car en dehors des parents rapprochés, on s'adresse de préférence aux membres de l'association la plus

(1) Cf. sur le γένος attique : Bossler, *loc. cit.* ; Meier, *De gentilitate attica* ; Besse, *Eupatridea* ; Fustel de Coulanges, *Cité antique*, et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* ; Töppfer, *loc. cit.* ; Lécrivain, *loc. cit.* B. W. Leist, p. 11 et s.

(2) Démosthène, C. *Neaer.*, § 59.

(3) Cf. Ross, *Attische Demen*, p. 6 ; Perrot, *Droit public*, p. 132.

(1) V. Guiraud, p. 342 et s.

(2) Cf. Isée, *De Apollod. her.*, § 17 ; *De Menecl. her.*, § 14.

étroite à laquelle on appartient ; mais elle n'est nullement obligatoire.

La famille athénienne, la maison proprement dite, οἶκος, qui se constitua peu à peu par suite de l'affaiblissement et de la désagrégation du γένος, présente, dans le cercle beaucoup plus restreint qu'elle comporte, les mêmes caractères que l'association plus large dont elle dérive. Entre les membres de la maison, les οἰκεῖοι, il n'y a pas seulement une communauté d'origine facilement reconnaissable, il y a encore une communauté de culte et de vie, une solidarité et une cohésion qui se manifestent non-seulement au point de vue religieux, mais encore au point de vue civil. Ainsi d'abord le centre de la famille, comme du γένος, c'est le culte domestique. La parenté ne confère pas seulement les avantages matériels que nous aurons plus tard à signaler en exposant le droit successoral, elle assure encore la participation aux sacrifices de famille et à certaines pratiques religieuses, de sorte qu'il existe entre les divers membres de l'οἶκος une communauté à la fois τῶν ἱερῶν et τῶν ὁσίων [1].

Cette solidarité religieuse se poursuit jusqu'après la mort, car les divers membres de la famille sont ensevelis dans un tombeau commun élevé sur le terrain acquis par les différentes branches de l'οἶκος et possédé par elles indivisément [2]. C'est ainsi que tous les descendants de Bousélos qui, grâce aux plaidoyers d'Isée et de Démosthène, nous sont connus jusqu'à la quatrième génération, avaient à Athènes un lieu de sépulture commun [3]. Aussi le fait qu'une personne n'avait point été déposée dans le tombeau de famille pouvait être invoqué comme un argument très sérieux contre ses héritiers, lorsque ceux-ci venaient plus tard élever des prétentions à la succession d'un membre

(1) Cf. Schömann-Galuski, t. 2, p. 636, 639.
(2) Cf. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 28.
(3) Démosthène, *C. Macart.*, § 79.

de la famille. A l'inverse, les orateurs prennent soin de relever comme une des preuves les plus convaincantes, dans les procès en pétition d'hérédité, la communauté de sépulture, εἰς ἠρία ταὐτά [1]. Après les réformes de Clisthène, on ne retrouve plus cette communauté qu'entre les membres d'une même maison [2], tandis qu'auparavant elle existait entre les membres d'un même γένος [3].

Dans l'ordre moral, la solidarité de la famille athénienne se traduit par les dispositions relatives à la vengeance du meurtre, mais ici elle est beaucoup moins étroite que celle que l'on rencontre en la même matière dans la plupart des anciennes lois germaines ou scandinaves. La solidarité pénale de la famille athénienne n'existe, en effet, du moins à l'époque historique, qu'en ce qui concerne le droit de poursuivre la vengeance du meurtre commis sur l'un des membres du groupe familial. Passivement, il n'existe aucune solidarité entre ces derniers, la responsabilité du crime étant, à Athènes, purement individuelle et ne rejaillissant point sur la famille du meurtrier. Au surplus, en ce qui a trait à la vengeance du meurtre, les parents de la victime n'ont pas seulement un privilège dans la poursuite; ils peuvent aussi profiter matériellement de la poursuite du coupable.

A l'origine, le droit de réclamer vengeance du meurtre appartenait vraisemblablement à tous les membres du γένος [4]. Mais plus tard, quand le groupe primordial commença à se désagréger pour se scinder en familles proprement dites, la faculté de poursuivre le meurtre fut restreinte aux membres de l'association plus étroite que forme l'οἶκος. Aux termes d'une loi, dont le texte conservé dans

(1) Démosthène, *C. Eubulid.*, § 67. Cf. Caillemer, *Contrat de société*, p. 44.

(2) Sauf peut-être le cas auquel fait allusion Démosthène, *C. Eubulid.*, § 39.

(3) Meier, *De Gentilitate*, p. 33; Philippi, *Beiträge*, p. 196.

(4) Cf. Philippi, *Beiträge*, p. 187; Dubois, *in Nouvelle Revue historique du droit*, 1881, p. 137.

les manuscrits de Démosthène [1], a été déchiffré sur un marbre trouvé à Athènes en 1843 [2], le droit de prononcer l'interdiction contre le meurtrier dans l'agora (προειπεῖν τῷ κτείναντι ἐν ἀγορᾷ) appartient aux parents qui se trouvent ἐντὸς ἀνεψιότητος c'est-à-dire, suivant l'interprétation qui nous paraît la plus vraisemblable, aux parents jusqu'au degré de cousin-germain exclusivement [3]. La loi ajoute que les cousins-germains et les fils de cousins-germains (ἀνεψιῶν παῖδες, *consobrinorum filii*, cousins au cinquième degré), les gendres, les beaux-frères et les membres de la phratrie auront le droit de συνδιώκειν, c'est-à-dire de concourir à la poursuite.

La loi de Dracon confère ainsi aux plus proches parents un privilège en même temps qu'elle leur impose une obligation. D'un côté, l'action publique qui, en principe, peut être intentée par tout citoyen majeur et jouissant de ses droits civiques, ne peut, par exception, lorsqu'il s'agit d'un meurtre, être exercée que par la famille du mort ἐντὸς ἀνεψιότητος [4]. D'un autre côté, c'est un devoir pour tous les parents énumérés par la loi de poursuivre le meurtrier [5]. Celui-ci peut toutefois les apaiser en payant le prix du sang, τὰ ὑποφόνια, correspondant au wehrgeld des anciens Germains [6].

On a voulu rattacher à l'hérédité l'obligation qui incombe ainsi aux proches parents de venger le meurtre du défunt. Mais nous croyons plutôt que cette obligation est indépendante de la qualité d'héritier et qu'elle découle exclusive-

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 57.

(2) *Corp. inscr. att.* I, n. 61, p. 37. Cf. Köhler, *in Hermes*, II, p. 27 et s.; Philippi, *Areopag*, p. 71 et s.; Dareste, *Plaid. civ.*, t. 2, p. 56.

(3) Caillemer, *Successions*, p. 185; Philippi, *loc. cit.*; Dareste, *loc. cit.*

(4) Philippi, *loc. cit.*, p. 70; Meier, Schömann et Lipsius, p. 193; Thonissen, p. 83.

(5) Dareste, *Plaid. civ.*, t. 1, p. 274, note 28; Caillemer, *loc. cit.*

(6) Cf. sur l'extinction de l'action publique au moyen d'une transaction conclue par la famille, Thonissen, p. 89; Dareste, *loc. cit.*

ment de la parenté ou de l'alliance, abstraction faite de toute relation de successibilité. C'est ce qui résulte de la loi de Dracon qui accorde le droit de poursuite concurremment à toutes les personnes qu'elle mentionne, bien qu'elles ne soient pas sur la même ligne en ce qui concerne la dévolution de la succession, et que les dernières citées ne soient appelées à l'hérédité qu'à défaut des premières. Ainsi, le frère et le neveu de la victime du meurtre ont le droit de προειπεῖν τῷ κτείναντι, bien qu'ils soient exclus de la succession par la présence d'enfants du *de cujus*. De plus, parmi les personnes à qui la loi concède la faculté de συνδιώκειν, il en est, les simples alliés, qui ne sont jamais appelés à la succession. Ce qui démontre bien, d'ailleurs, que le droit de poursuivre la vengeance du meurtre n'appartient pas seulement aux parents qui, étant les plus proches, sont appelés à recueillir la succession, mais simultanément à tous ceux que désigne la loi, c'est que, pour la validité de la transaction entre le meurtrier et la famille de la victime, transaction qui éteint vraisemblablement l'action publique, le consentement de tous est exigé, du père, du frère et des enfants du défunt, et le refus d'un seul est un obstacle à la possibilité de la composition, de l'αἴδεσις [1]. Il faut donc renoncer à considérer comme une obligation résultant de la qualité de successible celle qui a trait à la vengeance du meurtre. Il faut y voir simplement une manifestation de la solidarité familiale, la famille étant prise ici dans le sens le plus large et comprenant certains alliés qui lui sont intimement unis [2]. Nous ne voulons point, du reste, insister davantage sur la loi de Dracon qui appartient au droit pénal, c'est-à-dire au droit public et non point au droit privé.

La solidarité de famille se manifeste encore en matière

(1) Philippi, *Areopag*, p. 137 et s.

(2) Caillemer, *Succession*, p. 185; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 601. V. toutefois B. W. Leist, p. 718.

religieuse dans un cas spécial que nous devons signaler. Les prêtres et les prêtresses sont tenus tous ensemble et individuellement de rendre compte de leur sacerdoce, et chacun d'eux est tenu, en principe, pour sa part personnelle. Toutefois, par exception, la responsabilité des familles sacerdotales, comme celles des Eumolpides et des Kérykés, est d'ordre collectif et solidaire [1].

Originairement, quand existait encore entre les divers membres de la grande famille une forte cohésion maintenue par l'autorité presque despotique du chef, il ne pouvait guère être question de propriété individuelle. Le sol, qui composait alors presque toute la richesse, et sur lequel était établie la famille, était la propriété collective de celle-ci. La propriété familiale était strictement héréditaire, ou plutôt il n'y avait pas à proprement parler de succession, puisque la famille était considérée comme une corporation et que les corporations ne meurent pas. Le patrimoine familial était, d'autre part, inaliénable et, comme nous l'établirons ultérieurement, il ne pouvait ni être démembré au moyen d'une vente, ni passer entre des mains étrangères par le moyen d'un testament. Ce régime de la propriété familiale, qui eut en Grèce plusieurs siècles de durée, fut remplacé par le régime de la propriété individuelle. Il est difficile de préciser l'époque à laquelle se produisit cette transformation, car elle ne dut pas avoir lieu brusquement, et elle fut sans doute l'œuvre du temps plus que celle de la loi. On peut seulement conjecturer qu'elle dut coïncider avec l'affaiblissement du γένος primitif et la formation de la famille moderne, qui n'était elle-même qu'une conséquence de la pénétration de plus en plus grande du système individualiste [2]. Toutefois, même après que la propriété personnelle eût été reconnue par les mœurs et

(1) Eschine, *C. Ctesiph.*, § 18.
(2) Cf. Guiraud, p. 90 et s.

sanctionnée par la loi, il subsista des traces assez profondes de la conception primitive. Nous aurons occasion de les signaler en exposant les règles des successions. Nous verrons notamment comment, même à l'époque historique, le patrimoine du père de famille est encore considéré comme appartenant en même temps à ses enfants, car ceux-ci sont héritiers siens, et même, dans l'opinion générale, héritiers nécessaires, et ils ont en même temps la saisine légale. Nous verrons également que nombre de règles relatives à la dévolution de l'hérédité ont pour but de maintenir les biens dans la famille : c'est ce qui explique la législation si étrange de l'épiclérat, ce droit du plus proche parent de revendiquer comme épouse la fille unique du *de cujus*, considérée comme un accessoire de sa succession, droit auquel toutefois correspond l'obligation qui pèse sur l'anchisteus de doter l'épiclère pauvre lorsqu'il ne veut pas l'épouser. L'idée de la copropriété familiale est cependant, à Athènes, beaucoup moins accentuée que dans d'autres législations primitives, comme les législations scandinaves, et elle ne se manifeste qu'au moment de l'ouverture de la succession. On ne rencontre pas, en effet, dans le droit attique, d'institutions analogues aux retraits lignagers ou autres semblables qui confèrent aux membres de la famille le droit de s'opposer à ce qu'un bien héréditaire sorte de la famille sans leur consentement, ou qui leur permettent de l'acheter par préférence à un acquéreur étranger.

Au point de vue domestique, la famille athénienne, bien que reposant sur les mêmes principes que la famille romaine, est loin d'être aussi rigoureusement organisée que celle-ci. C'est qu'Athènes, du moins à l'époque historique, ne connaît rien de pareil à cette redoutable puissance paternelle qui était comme « la pierre angulaire du monde romain [1] », et sur laquelle pivotait en quelque sorte tout le

(1) Perrot, *Éloquence politique*, p. 362.

droit de famille. Mais, sauf cette importante différence, avec les nombreuses conséquences qui en découlent, nous retrouverons dans l'organisation de la famille athénienne nombre de règles admises par le droit romain et se rattachant généralement au même principe qui, dans les deux républiques, est la base du droit de famille, celui du culte domestique, des *sacra*. Il ne faut pas croire, d'ailleurs, que le droit familial d'Athènes soit, dans toutes ses parties, empreint d'un esprit plus libéral que le droit romain. Nous verrons qu'au contraire ce dernier est, sur certains points, notamment en ce qui concerne la formation du mariage et la situation de la femme, beaucoup plus respectueux de la liberté et de la dignité humaine. Mais nous ne voulons pas insister ici sur ces différences que nous signalerons en exposant les diverses institutions qui gouvernent la famille à Athènes.

§ 2. — *La parenté.*

Il importe, avant d'entrer dans les détails de l'organisation de la famille athénienne, de voir quels sont les différents membres qui la composent et d'indiquer les expressions qui servent à les désigner. Cette famille, qui ne forme plus qu'une branche de la *gens* bien distincte, c'est avons-nous dit, l'οἶκος. Ce mot, comme du reste la plupart de ceux que nous aurons à définir, est loin d'avoir dans le langage du droit attique une signification nette et précise, et les différents commentateurs ont pu, en conséquence, donner des interprétations diverses de cette expression. Pour les uns, l'οἶκος comprend tous les membres de la famille entre lesquels existe cette solidarité morale et matérielle dont nous avons parlé, notamment la réciprocité de la vocation héréditaire [1]. Il y a, en effet, dans les orateurs, un cer-

(1) Cf. Bunsen, p. 34. « Domo (οἶκος) præter ipsius cujus est filios, nepotes, pronepotesque, et filios, neptes atque proneptes, primum parentes, pater et mater,

tain nombre de textes où l'οἶκος comprend manifestement non seulement les descendants, mais encore les collatéraux au degré successible [1]. L'expression en question peut aussi avoir un sens plus restreint et comprendre seulement les descendants [2]. C'est ce qui explique que lorsqu'un citoyen meurt sans laisser d'enfants légitimes, on dit de lui que son οἶκος est ἀνώνυμος, ἔρημος ou ἐξηρημωμένος. La présence de collatéraux n'empêche point la maison du défunt d'être déserte, et c'est pour prévenir cette désertion, considérée à Athènes comme un grand malheur, que la loi permet au *de cujus* de se créer un fils adoptif par testament, ὅπως μὴ ἐξερημωθῇ ὁ οἶκος [3].

L'expression οἰκεῖος, dérivée d'οἶκος, a elle-même un sens assez incertain. Elle désignait probablement à l'origine les membres de la famille entre lesquels existait une relation plus étroite, par opposition à celle qui existe entre les membres de la *gens*. C'est en ce sens que le mot οἰκεῖοι est employé par certains textes [4]. Mais il est aussi fréquemment

et ab iis oriundi fratres, sororesque cum liberis, deinde ex avi atque aviæ stirpe a patruo amitaque, vel avunculo materteraque procreati, consobrini, consobrinæque cum liberis comprehenduntur ». Schneider, p. 14 : « Domus est complexus et ascendentium, et collateralium et descendentium defuncti, qui cum hoc ab eodem stirpis auctore aut partu aut adoptione oriundi, neque exadoptati sunt. Igitur si exadoptati hereditatem patris naturalis petere student, contradicitur, οὐκ ἐν τῷ αὐτῷ οἴκῳ eos esse ».

(1) V. notamment : Démosthène, *C. Marcat.*, §§ 61, 77 et s.

(2) Grasshof, p. 11. « Significavit et rem familiarem in qua fundamenta familiæ posita sunt, et eos quos jura sanguinis cum patrefamilias conjunxerunt, i. e. liberos ».

(3) Le mot οἶκος a un sens spécial en matière de tutelle, où il est alors pris comme synonyme de οὐσία dans l'expression μίσθωσις οἴκου. Il faut, d'autre part, se garder de confondre οἶκος avec οἰκία ; cette dernière expression désigne à proprement parler une maison d'habitation. V. *infra*, tit. III, ch. III, sect. 1.

(4) Plutarque, *Solon*, c. 20 : ὅπως οἰκεῖον ᾖ καὶ μετέχον τοῦ γένους τὸ τικτόμενον. Démosthène, *C. Eubul.*, § 43 : κάλει τῶν φρατέρων τοὺς οἰκείους. Cf. Philippi, *Beitraege*, p. 10, note 12.

usité, notamment par les lexicographes, avec une signification toute différente pour désigner les alliés [1].

Lorsque les réformes de Solon et de Clisthène eurent enlevé à la *gens* son importance primitive, le mot γένος, qui servait originairement à la désigner, ne correspondit plus seulement à l'association des gennètes et il revêtit d'autres sens divers que nous devons indiquer. Ainsi d'abord on le trouve assez souvent employé pour désigner la parenté dont la loi tient compte pour déférer la succession, comme dans les expressions οἱ ἐν γένει, οἱ ἔξω γένους, οἱ γένει προσήκοντες, οἱ γένει ἐγγυτέρω ou ἀποτέρω ὄντες, γένος ἄμεινον, ἀμφισβητεῖν κατὰ γένος, etc. [2]. Par γένος les orateurs indiquent aussi quelquefois une certaine classe de parents ou de successibles par opposition à une autre classe dont le rang est antérieur ou postérieur. C'est ainsi qu'Isée, dans le texte, si important en matière de succession, où il énumère les différents ordres de successibles, dit qu'à défaut des sœurs consanguines, la loi τρίτῳ γένει δίδωσι τὴν ἀγχιστείαν, ἀνεψιοῖς πρὸς πατρὸς μέχρι ἀνεψιῶν παίδων [3]. Le mot γένος peut être pris ici comme synonyme de parentèle. Il est enfin quelquefois employé dans un sens plus restreint encore, et plus conforme du reste à son étymologie, pour désigner les parents en ligne directe, ascendants et descendants [4].

(1) Hésychius, v° οἰκεῖοι : οἱ κατ' ἐπιγαμίαν ἀλλήλοις προσήκοντες. Cf. Suidas, v° ἀγχιστεύς; Photius, p. 6, 5; Bekker, *Anecd.*, I, p. 213, 15; 333,6 ; Ammonius, v° ἀγχιστεῖς. V. Grasshof, p. 12.

(2) V. notamment, Isée, *De Nicostr. her.*, §§ 11, 16, 23 ; *De Astyph. her.*, § 32 ; *De Hagn. her.*, § 2 ; Démosthène, *C. Macart.*, § 20. Cf. Van Stegeren, p. 115 ; Bunsen, p. 6 ; Gans, I, p. 328; Schneider, p. 14 ; de Boor, p. 20. Hermann, *Recens. in Zeitsch. f. Alterthumswiss.*, 1835, p. 1143; Philippi, *Beiträge*, p. 201 ; Platner, *Beiträge*, p. 80 et s.; Grasshof, p. 9 ; Schömann, sur Isée, p. 277.

(3) Isée, *De Hagn. her.*, § 2. — Cf. *ibid.* : ἐὰν δὲ καὶ τοῦτ' ἐκλείπῃ, εἰς τὸ γένος πάλιν ἐπανέρχεται κτλ.

(4) Isée, *De Cir. her.*, § 33 : πρὸς ἕνα δὲ τὸν πρῶτον τῶν συγγενῶν προσάξω καὶ τοῦ γένους καθ' ἕκαστον ὑμᾶς ἐρωτήσω.... προσάξω τοῦ γένους καθ' ἕκαστον καὶ ἐρωτήσω.... γένος γὰρ ἀλλ' οὐχὶ συγγένεια τοῦτ' ἐστίν.

Les parents sont souvent divisés, soit par les auteurs anciens, soit par les interprètes modernes, en deux grandes catégories que l'on oppose l'une à l'autre, les ἀγχιστεῖς, d'une part, compris dans l'ἀγχιστεία et les συγγενεῖς, d'autre part, rattachés par le lien de la συγγένεια. Avant de rechercher quelle peut être la véritable portée de l'ἀγχιστεία par opposition à la συγγένεια, nous devons indiquer les différentes significations que les anciens attachaient à ces expressions, car ici, comme sur bien d'autres points, la terminologie manque absolument de précision. Ainsi, pour prendre d'abord l'expression la plus compréhensive, celle de συγγενής, nous la voyons souvent employée par les orateurs athéniens comme synonyme de γεννήτης, et cela n'a rien de surprenant, car l'étymologie est la même, les συγγενεῖς étant, à proprement parler, ceux qui sont compris dans la *gens*, dans le γένος [1]. Dans un sens plus restreint, la συγγένεια comprend les parents non compris dans l'ἀγχιστεία : nous reviendrons spécialement sur ce point. Le mot συγγένεια est également usité, dans un sens moins large encore, pour désigner certains des parents compris dans l'anchistie, à savoir les parents en ligne collatérale, que l'on oppose alors aux ἔκγονοι formant le γένος, dans son sens le plus étroit [2]. L'expression συγγένεια est enfin employée, mais dans un sens abusif, selon nous, pour désigner l'alliance résultant du mariage par opposition à la parenté fondée sur les liens du sang [3].

(1) V. notamment: Isée, *De Apollod. her.*, §§ 1, 13, 15, 23 et 43 ; Démosthène, *C. Eubul.*, §§ 23 et 39.—Cf. Harpocration, v° γεννῆται ; Suidas, v° γεννῆται ; Schœmann, sur Isée, p. 356 ; Grasshof, p. 10 ; Philippi. *Beiträge*, p. 201 ; Töppfer, *Attische Genealogie*, p. 11.

(2) Isée, *De Cir. her.*, § 30 : οὐκ ἐγγυτέρω τῆς ἀγχιστείας εἰσὶν οἱ μετ' ἐκείνου φύντες ἢ οἱ ἐξ ἐκείνου γεγονότες.... οἱ μὲν γὰρ ὀνομάζονται συγγενεῖς, οἱ δ' ἔκγονοι τοῦ τελευτήσαντος. Cf. § 33, *supra cit.*, p. 21, note 4. V. Grasshof, p. 11 ; B. W. Leist, p. 81 ; Van Stegeren, p. 110.

(3) Pollux, III, 6, 7 : συγγένειαν δὲ τὸ φύσει προσγινόμενον, οὐ τὸ ἐκ φύσεως ὑπάρχον, οἷον γαμβροὺς πενθεροὺς καὶ ὅσοι τὴν οἰκειότητα τὴν πρὸς ἡμᾶς ἐκ συνθήκης ἀλλ' οὐκ ἐξ ἀνάγκης ἔχουσιν. Cf. Telfy, p. 597, n° 1317.

L'expression ἀγχιστεία elle-même n'a point une signification rigoureusement fixée. Abstraction faite du sens qu'elle a par opposition au mot συγγένεια. elle semble quelquefois indiquer, dans un sens étroit, les parents qui, dans la dévolution de la succession, ne sont appelés qu'après les enfants et descendants [1]. A l'inverse, le mot ἀγχιστεία paraît, dans un texte d'Isée, réservé à la parenté en ligne descendante qui autorise l'hé itier à se mettre en possession de la succession sans épidicasie [2]. Au surplus, les orateurs emploient l'expression ἀγχιστεία tantôt au singulier, tantôt au pluriel, et laissent ainsi supposer que, dans l'anchistie, il y a plusieurs ἀγχιστεῖαι [3]. Au pluriel, d'ailleurs, le mot ἀγχιστεῖαι paraît plutôt désigner les droits dérivant de l'anchistie [4] que la relation de parenté indiquée par ce mot [5].

Quelle est maintenant la signification précise du mot ἀγχιστεία [6] quand on l'oppose, comme on le fait habituellement, à une autre relation de parenté moins étroite, la συγγένεια ?

(1) Isée, *De Hagn. her.*, § 30 : πρὸς ὃν μὴ ὅτι γένος εἶχον ἄμεινον εἰπεῖν, ἀλλὰ καὶ ἔξω τῆς ἀγχιστείας ἐφαίνοντ' ἂ. ὄντες. Cf. Van Stegeren, p. 114.

(2) Isée, *De Cir. her.*, § 34 : πάντες γὰ. ὑμ. ἴ. τῶν πατρῴων, τῶν παππῴων ἔτι περα τ ρω κ ηρονομεῖτε ἐκ γένου π.ρ αλειρότ.ς τὴν ἀγχιστείαν ἀνεπίδικ.ν.

(3) Isée, *De Hagn. her.*, § 3 : ταύτας ποιε τὰς ἀ χι τείας ὁ νομοθ της μόνας — Sur l'emploi de ce mot au singulier, v. les textes cités ci-après.

(4) Τὰ ἀγχιστικὰ ὁ κα:α, comme dit Ammonius, v° ἀγ.ιστεῖς.

(5) Démosthène, *C. Leoch.*, § 2 : τοῦ νόμου τὰς ἀγχιστείας τοῖς ἐγγυτάτω γένους ἀποδιδόντος. Cf. Grasshof, p. 12, note 38.

(6) Pour désigner les parents compris soit dans l'ἀγχιστεία, soit dans la συγγένεια, les textes se servent quelquefois de l'expression προσήκοντε: (Cf. Démosthène, *C. Macart.*, § 59), du verbe προσήκειν, i. e. ῷ τεθνηκότι, τῷ γένει. Au verbe προσήκ ιν se trouvent alors ajoutées les expressions ὀνόματι (Isée, *De Hagn. her.*, § 4), κατά τι (*ibid.*), τῆς κληρονομίας (*ibid.*, § 7) ou τῶν χρημάτων (*ibid.*, § 4). Le mot προσήκων désigne d'ailleurs le parent venant en ordre utile pour recueillir la succession. Ainsi les frères du défunt, par exemple, bien qu'ils se trouvent parmi ses plus proches parents, ne seront, si le *de cujus* laisse des enfants, μηδὲν προσήκοντες (Cf. Isée, *De Philoct. her.*, § .o). De même, bien que la sœur et le frère soient parents au même degré, la sœur étant primée par le frère en vertu de la règle κ.ατεῖν τοὺς ἄρρενας, on dit d'elle relativement à son frère : γένει μὲν ἐμοὶ ταὐτὸ προσήκουσα, νόμῳ δὲ ἀποκλειομένη (Isée, *De Hagn. her.*, § 17).

Nous trouvons dans les lexicographes plusieurs définitions. Le lexique de Séguier et Photius [1] font entre les ἀγχιστεῖς et les συγγενεῖς, la distinction suivante : ἀγχιστεῖς οἱ ἀπὸ ἀδελφῶν καὶ ἀνεψιῶν καὶ θείων κατὰ πατέρα καὶ μητέρα ἐγγυτάτω τοῦ τελευτήσαντος, οἱ δὲ ἔξω τούτων συγγενεῖς μόνον [2]. Ammonius [3] distingue dans les termes suivants : ἀγχιστεῖς μὲν γὰρ οἶς, ἐπειδάν τις ἐκ τοῦ γένους ἀποθάνῃ, συγχωρεῖ ὁ νόμος ἀντιποιεῖσθαι τῶν τοιούτων δικαίων, συγγενεῖς δὲ οἱ ὄντες ἐκ τοῦ αὐτοῦ γένους, οὐ καλούμενοι δὲ ἀπὸ τῶν νόμων ἐπὶ τὰ ἀγχιστικά δίκαια. Il faut rapprocher de ces définitions cette idée qu'expriment les orateurs, à savoir que l'ἀγχιστεία est l'œuvre du législateur : δίδωσιν ὁ νομοθέτης τὴν ἀγχιστείαν καὶ τὴν κληρονομίαν [4], la συγγένεια apparaissant ainsi, *a contrario*, comme l'œuvre de la nature elle-même plutôt que de la loi.

Cela étant, nous pouvons définir l'ἀγχιστεία une relation spéciale établie par la loi entre certaines personnes unies par les liens du sang ou de l'adoption, relation d'où naissent pour ces personnes certains droits particuliers auxquels correspondent certaines obligations. Les personnes qui sont en dehors de ce cercle sont les simples parents, les συγγενεῖς et elles demeurent étrangères à ces droits et à ces obligations spéciales. Quels sont donc alors ces parents privilégiés ? Ce sont, si l'on se reporte au texte d'Isée [5] où l'orateur énumère limitativement τὰς ἀγχιστείας seules établies par le législateur : 1° les descendants ; 2° les frères et les sœurs consanguines et 3° les ἀνεψιοὶ πρὸς πατρὸς μέχρι ἀνεψιῶν παίδων, c'est-à-dire les *consobrini* et les enfants des *consobrini*. Cette indication concorde avec les dispositions de la loi sur les suc-

(1) Becker, *Anecd.*, 333 ; Photius, 6, 5.

(2) Les critiques dirigées par Wachsmuth (II, p. 172, note 62) contre cette définition reposent sur une méprise commise par cet auteur lui-même. Cf. Hermann-Thumser, p. 452, note 5.

(3) Ammonius, v° ἀγχιστεῖς.

(4) Démosthène, *C. Macart.*, § 50. — Cf. Démosthène, *C. Leoch.*, § 2, *supra cit.*, p. 23, note 5 ; Isée, *De Hagn. her.*, § 3, *supra cit.*, p. 23, note 3.

(5) Isée, *De Hagn. her.*, §§ 1-3.

cessions citées dans le discours contre Macartatos [1] et de la loi sur le meurtre citée dans ce même discours, du moins d'après les corrections que l'on est en droit d'y faire depuis la découverte de la table de marbre sur laquelle était gravée la loi de Dracon [2]. Dans la détermination des personnes comprises dans l'anchistie, le législateur tient compte, en général, de la proximité du degré de parenté : τὰς ἀγχιστείας τοῖς ἐγγυτάτω γένους ἀποδιδόντος [3]. Mais, comme nous aurons occasion de le montrer en exposant les règles de la dévolution des successions, il tient compte également de certaines considérations d'ordre public, de l'organisation sociale, ainsi que des institutions religieuses et politiques du pays. Aussi verrons-nous que certains parents qui, d'après le droit naturel, devraient venir au premier rang parmi les anchisteis, ou bien ne sont pas compris dans l'ἀγχιστεία, ou bien ne viennent qu'à un rang très éloigné.

Le principal intérêt de l'anchistie, c'est que les parents qu'elle comprend sont appelés en première ligne à recueillir la succession. Cet intérêt est relevé, soit par les orateurs [4], soit par les lexicographes [5]. Ce n'est point cependant une raison suffisante, à notre avis, pour définir l'ἀγχιστεία « l'aptitude légale à recueillir une hérédité [6]. » Cette

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 51.

(2) V. *supra*, p. 15.

(3) Démosthène, *C. Leoch.*, § 2.

(4) Cf. Isée, *De Hagn. her.*, §§ 1-3 ; Démosthène, *C. Leoch.*, § 2.

(5) Cf. Lex. Seg. et Ammonius, *supra, cit.*, p. 24; Suidas, I, 85 : ἀγχιστεία ἡ μετουσία τῆς οὐσίας. Hésychius, v° ἔξω τριακάδος : οἱ μὴ μεταλαμβάνοντες παῖδες ἢ ἀγχιστεῖς κλήρου τελευτήσαντος τινας Ἀθήνησιν ἐκαλοῦντο, texte évidemment corrompu et où il faut lire τῆς ἀγχιστείας. Cf. Meier, *De gentil.*, § 21 ; Hermann-Thumser, p. 452, note 5.

(6) Caillemer, *Successions*, p. 7 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. 2, p. 52, note 6. — Cf. Schömann, sur Isée, p. 394 : « ἀγχιστεία propinquitatem cognationis significat non simpliciter, sed quatenus cum jure succedendi in alterius bona conjuncta est. » Schneider, p. 14 : « ἀγχιστεία conditio est qua quis ad successionem vocatur ceterorum inferiorum respectu. » Grasshof, p. 13, et Wolf, *Comment. ad Demosth. oration. in Lept.*, § 102 : « Jus legitimæ successionis, id

définition nous paraît trop étroite à un double point de vue. D'abord, ainsi que nous le démontrerons, la vocation héréditaire n'est pas reconnue par le législateur aux seules personnes comprises dans l'anchistie proprement dite et, d'après la loi de succession citée dans le discours contre Macartatos, lorsqu'il n'existe, dans la ligne paternelle ou dans la ligne maternelle, aucun parent jusqu'au degré de παῖς ἀνεψιοῦ, c'est-à-dire aucun anchisteus, la succession est dévolue au parent le plus proche parmi ceux qui se rattachent au défunt par une parentèle plus éloignée que celle de l'aïeul [1]. La succession revient alors à des personnes qui sont de simples συγγενεῖς [2]. L'autre critique que l'on peut adresser à cette même définition, c'est qu'elle restreint la notion de l'anchistie à un intérêt d'ordre purement matériel, c'est-à-dire à un intérêt successoral, alors qu'en réalité elle a une portée plus large, et que, suivant l'expression consacrée, l'ἀγχιστεία est à la fois ἱερῶν et ὁσίων. Or, si l'ἀγχιστεία ὁσίων est celle qui a trait spécialement au droit de succession, l'ἀγχιστεία ἱερῶν entraîne une communauté de culte et de *sacra* qui, en un certain sens, peut être envisagée comme distincte de la succession, bien qu'à un autre point de vue, par suite du lien étroit qui existe chez les anciens entre le patrimoine et les *sacra*, elle puisse se rattacher au droit successoral [3]. Il y a, dans tous les cas, entre les ἀγχιστεῖς un certain lien qui, comme nous l'avons vu, est

est succedendi in bona et jura defuncti civis vi cognationis. » Cf. Philippi, *Beiträge*, p. 99.

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 51.

(2) A ce point de vue on pourrait dire que l'ἀγχιστεία comprend tous les parents appelés à succéder, même ceux qui sont au-delà du degré de παῖς ἀνεψιοῦ. C'est ce qui semblerait même résulter de la loi citée par Démosthène, et qui, après avoir dit que la succession peut ainsi revenir à des parents très éloignés, oppose à ces successibles le bâtard, à qui elle refuse toute ἀγχιστεία μήθ' ἱερῶν μήθ' ὁσίων.

(3) L'anchistie sert également de base à la délation de la tutelle légitime, soit des mineurs, soit des femmes,

indépendant de toute relation de successibilité, c'est celui qui existe relativement à la vengeance du meurtre. L'anchistie touche seulement au droit successoral en ce sens que les parents qu'elle comprend sont appelés à la succession avant tous autres, dans l'ordre déterminé par la loi et qui n'est point toujours, comme nous l'avons dit, l'ordre présumé des affections [1]. Lorsqu'au contraire il n'y a pas d'anchisteis, mais seulement de simples συγγενεῖς, la loi, pour régler la vocation héréditaire, ne se préoccupe plus que d'une seule chose, de la proximité du degré, τὸν πρὸς πατρὸς ἐγγυτάτω κύριον εἶναι [2].

Le lien plus étroit que l'anchistie établit entre certains parents ressemble, à plusieurs égards, à celui de l'agnation romaine, et l'on a pu appeler ces parents indifféremment anchisteis ou agnats [3], en réservant le terme de cognats aux συγγενεῖς. Il faut toutefois se garder d'identifier l'anchistie et l'agnation. C'est qu'en effet, la base même de la distinction romaine entre les agnats et les cognats, à savoir l'existence d'une puissance paternelle propre et de *jus civile*, ne se rencontre pas dans le droit attique. D'un autre côté, et par un corollaire du motif que nous venons d'énoncer, l'agnation, en droit romain, ne se transmet que par les mâles. Il en est autrement à Athènes, où l'existence d'un intermédiaire féminin n'est nullement, dans une parentèle, un obstacle à la transmission de l'anchistie et des droits qu'elle entraîne. Ainsi, en droit attique, le fils de la sœur qui, en droit romain, serait un simple cognat, exclu de l'hérédité civile, succède avant le fils du fils de l'aïeul, qui serait un agnat. Il est vrai qu'à Athènes les anchisteis πρὸς

(1) Ce que nous disons de la succession s'applique également au droit de revendiquer la fille épiclère, considérée comme jointe à la succession. Cf. Pollux, III, 33 : ὁ δὲ ταύτῃ προσήκων κατὰ γένος ἀγχιστεύς.

(2) Démosthène, *C. Macart.*, § 51.

(3) Nous pourrons nous servir nous-même, à l'occasion, du mot agnat pour désigner l'anchisteus.

πατρὸς sont appelés à la succession avant les anchisteis πρὸς μητρὸς ; mais il n'y a là aucun privilège semblable à celui de l'agnation, car les anchisteis maternels sont appelés exactement de la même manière que les anchisteis paternels, seulement après eux [1], et si les parents paternels passent les premiers, cela tient exclusivement à la préférence générale que le droit athénien accorde aux mâles sur les femmes : κρατεῖν τοὺς ἄρρενας [2]. Cette préférence peut, du reste, donner à l'organisation de la famille athénienne un caractère plus rigoureux ou plus agnatique, si l'on veut, qu'à Rome. Ainsi tandis que, dans cette dernière cité, la *soror consanguinea* vient à la succession parmi les agnats en concours avec le frère, à Athènes, au contraire, elle est exclue par celui-ci [3]. De même, alors qu'à Rome la fille unique, quand elle succède à son père, obtient la succession pour elle-même et se trouve seulement, dans la jouissance des biens héréditaires, sous la surveillance des agnats, ses tuteurs légitimes, à Athènes la fille épiclère peut être revendiquée à titre d'épouse par le plus proche anchisteus, et elle ne recueille la succession paternelle que pour la transmettre à ses fils dès qu'ils ont atteint leur majorité [4].

Voici maintenant quelles sont les diverses dénominations usitées pour qualifier les parents compris, soit dans la ligne directe (κατὰ βάθος), soit dans la ligne collatérale (κατὰ πλάτος). En ligne directe descendante, nous rencontrons au premier

(1) La préférence des parents paternels a toutefois, à un certain point de vue, un caractère agnatique, lorsqu'il s'agit de l'exercice de la tutelle des femmes, exclusivement réservée à ces parents, dans l'ordre de l'anchistie, du moins dans une opinion. Cf. B. W. Leist, p. 83. V. *infra*, tit. III, ch. III, sect. 2.

(2) Cf. B. W. Leist, p. 82, 83 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. 1, p. XXIX.

(3) On peut observer, dans le même sens, qu'à Rome la mère tombée *in manum mariti* vient à la succession parmi les agnats *loco filiæ*, tandis qu'à Athènes, elle est exclue par ses enfants et même, à notre avis, n'a aucune vocation héréditaire.

(4) Cf. Mitteis, p. 63.

degré le fils, υἱός, et la fille, θυγάτηρ [1]; au second degré le petit-fils, υἱωνός ou υἱειδοῦς et la petite-fille, υἱιδῆ, s'il s'agit de petits enfants par un fils, le fils de la fille étant nommé θυγατριδοῦς et la fille de la fille θυγατριδῆ [2]. Les arrière-petits enfants et autres descendants d'un degré ultérieur sont compris sous l'expression générale de ἔκγονοι, ἔγγονοι ou ἀπόγονοι [3]. En ligne directe ascendante nous rencontrons, au premier degré, le père πατήρ et la mère μήτηρ, au second degré l'aïeul, πάππος et l'aïeule, τήθη, et au troisième degré le bisaïeul, πρόπαππος et la bisaïeule, προτήθη [4]. Ces ascendants, d'après Isée, sont compris spécialement dans l'expression γονεῖς, et ils sont ἀρχὴ τοῦ γένους [5]. On trouve encore dans Pollux [6], pour désigner le père et la mère du bisaïeul, les expressions ἐπίπαππός et ἐπιτήθη. Les ascendants plus éloignés n'ont point de nom spécial et sont tous appelés, d'une manière générale, πρόγονοι (*majores*). Pour indiquer si les ascendants appartiennent à la ligne paternelle ou à la ligne maternelle, on se sert des expressions πάππος ἐκ πατρὸς ou ἐκ μητρὸς, ou bien encore πάππος ἀπ' ἀνδρῶν ou ἐκ γυναικῶν, ou même des expressions πατροπάτωρ et μητροπάτωρ [7].

En ligne collatérale, les parents les plus proches sont les frères et sœurs (ἀδελφοί, ἀδελφαί), dont les enfants, c'est-à-dire les neveux et nièces, se nomment ἀδελφιδοί ou ἀδελφιδαί. Les frères ou sœurs consanguins sont qualifiés ὁμοπάτριοι ou ὁμοπάτορες, les frères ou sœurs utérins ὁμομήτριοι ou ὁμομήτο-

(1) Pollux, III, 12 : οἱ δὲ ἐκ τούτων παῖδες;... ἐπὶ μὲν ἄρρενων υἱεῖς, ἐπὶ δὲ θηλειῶν θυγατέρες.

(2) Cf. Pollux, III, 17. Comme on n'a guère à s'occuper des petits enfants par la fille que dans le cas où celle-ci est épiclère, les mots θυγατριδοῦς et θυγατριδῆ désignent spécialement les enfants de l'épiclère.

(3) Cf. Isée, *De Cir. her.*, § 45; Démosthène, *C. Macart.*, § 48 ; Ammonius, v° ἀπόγονοι.

(4) Cf. Pollux, III, 16, 18.

(5) Isée, *De Cir. her.*, § 32.

(6) Pollux, III, 18.

(7) Pollux, III, 16.

ρες [1]. Ces différentes personnes sont comprises dans ce que l'on nomme la parentèle du père ou de la mère du *de cujus*, c'est-à-dire qu'elles ont avec celui-ci pour auteur commun son père ou sa mère.

Les parents compris dans la parentèle de l'aïeul du *de cujus*, c'est-à-dire qui se rattachent à son grand père par un lien direct de descendance sont, en première ligne : l'oncle θεῖος et la tante θεία. L'oncle paternel est spécialement nommé ἀδελφόθεος, πατράδελφος ou πάτρως, et la tante paternelle πατράδελφος ; l'oncle maternel est nommé spécialement μητράδελφος ou μήτρως ou νέννος, et la tante maternelle μητράδελφος ou τηθίς. Les enfants de l'oncle ou de la tante, c'est-à-dire les cousins-germains (*consobrini*) sont désignés par les mots ἀνεψιοί, ἀνεψιαί, et les enfants des *consobrini*, qui sont pour le *de cujus* des neveux à la mode de Bretagne, sont nommés ἀνεψιῶν παῖδες.

Les parents qui n'ont pour auteur commun qu'un bisaïeul ou une bisaïeule sont qualifiés, les uns par rapport aux autres, d'ἀνεψιαδοί et correspondent à ceux que les Romains nommaient *sobrini* et qui sont pour nous des petits cousins ou des cousins issus de germains [2]. Ceux-ci peuvent toutefois être qualifiés ἐξ ἀνεψιῶν ὄντες ou γεγονότες ou même ἀνεψιῶν παῖδες, et quelquefois les Athéniens ont désigné par le mot ἀνεψιαδοῦς le neveu à la mode de Bretagne, le παῖς ἀνεψιοῦ. Il en est résulté une certaine confusion qui a fait naître, en matière de succession, une controverse très délicate que nous aurons à trancher. Nous nous bornerons à dire, pour le moment, que les παῖδες ἀνεψιῶν sont compris dans la parentèle de l'aïeul, tandis que les ἀνεψιαδοί ne peuvent l'être que dans la parentèle du bisaïeul. Quant aux enfants

(1) Pollux, III, 22-23. Cet auteur signale aussi les expressions ἀμφιμήτορες et ἀμφιπάτορες pour désigner les frères ou sœurs qui ont une mère ou un père différents.

(2) Cf. Pollux, III, 28-29.

des ἀνεψιαδοί, ils sont désignés par l'expression ἐξανέψιοι. Au-delà de ce degré, il n'y a plus de dénomination spéciale pour indiquer la parenté.

Les différents collatéraux que nous venons d'énumérer sont compris, d'une manière générale, soit dans la ligne paternelle (πρὸς πατρὸς), soit dans la ligne maternelle (πρὸς μητρὸς) du *de cujus*.

Quant à l'alliance, elle produit, dans le droit attique, des effets peu importants. Les alliés, οἱ οἰκεῖοι, οἱ κατ' ἐπιγαμίαν μιχθέντες τοῖς οἴκοις [1], sont spécialement désignés par les expressions suivantes : γαμβρός, gendre, πενθερός, beau-frère, ἐννυός ou νυός, bru, ἑκυρός et ἑκυρά, beau-père et belle-mère [2]. Les alliés restent complètement en dehors du droit de succession. Mais certains d'entre eux, les gendres et les beaux-frères, ont le devoir de poursuivre la vengeance du meurtre, devoir qui, du reste, comme nous l'avons vu, est indépendant de toute relation de successibilité [3].

(1) Becker, *Anecd.*, I, p. 213, 15.
(2) V. Pollux, III, 31-32.
(3) V. *supra*, p. 15-16.

TITRE II

SOURCES DE LA FAMILLE

CHAPITRE PREMIER

DU MARIAGE

SECTION I

Notions générales. Polygamie. Concubinat. Célibat.

§ 1. — *Notions générales*

Ainsi que l'a très bien établi Fustel de Coulanges dans son beau livre sur la Cité antique [1], les croyances relatives aux morts et le culte qui leur était dû ont constitué la famille ancienne et lui ont donné la plupart de ses règles. C'était une croyance profondément enracinée chez tous les peuples de race aryenne que le bonheur du mort dépendait moins de la conduite qu'il avait menée pendant la vie que de celle de ses descendants à son égard. Chaque père attendait en conséquence de sa postérité la série des repas funèbres

(1) Liv. II, ch. III.

qui devaient assurer à ses mânes le repos et le bonheur [1]. Cette opinion a fait admettre la règle de la nécessité pour chaque famille de se perpétuer à jamais. Les morts avaient besoin que leur descendance ne s'éteignît point. La législation attique qui considérait l'impiété comme un crime [2], ne pouvait permettre l'abandon d'un devoir religieux aussi important que celui dont tout citoyen était tenu envers ses ancêtres. C'est pour cela que l'archonte doit veiller à ce qu'aucune maison ne devienne déserte [3] et que diverses institutions ouvrent à chacun les moyens de s'assurer dans tous les cas une postérité; ces institutions sont le mariage et l'adoption.

Le mariage fut vraisemblablement la première institution que la religion domestique dut créer. La perpétuité de la famille peut, sans doute, se concevoir indépendamment du mariage, mais comme le dit encore Fustel de Coulanges [4], « il ne suffisait pas d'engendrer un fils; le fils qui devait perpétuer la religion domestique devait être le fruit d'un mariage religieux. Le bâtard ne pouvait pas remplir le rôle que la religion assignait au fils. En effet, le lien du sang ne constituait pas à lui seul la famille, il fallait encore le lien du culte. Or, le fils d'une femme qui n'avait pas été associée au culte de l'époux par la cérémonie du mariage [5], ne pouvait pas lui-même avoir part au culte. Il n'avait pas le droit d'offrir le repas funèbre et la famille ne se perpétuait pas par lui. »

Le mariage apparaît donc comme obligatoire, et le célibat, à supposer qu'il ne soit pas puni par la loi est du

(1) C'est ainsi que l'Hindou disait : « L'extinction d'une famille cause la ruine de la religion de cette famille. Les ancêtres privés de l'offrande des gâteaux tombent au séjour des malheureux. » Bhagavad-Gita I, 40.

(2) V. sur la γραφὴ ἀσεβείας, Thonissen, p. 178 et s.

(3) Démosthène, *C. Macart.*, § 75. V. *supra*, p. 6, note 1.

(4) *Loc. cit.*

(5) Nous faisons sur ce point des réserves que nous justifierons ultérieurement en parlant de la γαμηλία.

moins à la fois une impiété grave et un malheur [1]. Le mariage, au contraire, est considéré comme le complément obligé, comme la fin de toute vie humaine, τέλος [2], et les dieux qui président aux unions conjugales sont appelés θεοὶ τέλειοι [3]. Le mariage est du reste profondément honoré dans la cité athénienne. Ainsi les plus hauts magistrats de la République, comme l'archonte-roi et les stratèges, doivent être mariés [4]. Il est très probable aussi que, dans les Tesmophories, les femmes athéniennes célèbrent et honorent particulièrement les lois du mariage [5].

Mais le mariage n'étant contracté que pour assurer la perpétuité de la famille, est loin d'avoir à Athènes le caractère élevé qu'il présente dans les législations modernes. Son objet principal n'est point l'union de deux êtres qui se conviennent et qui s'associent pour le bonheur comme pour les peines de la vie; c'est avant tout, en unissant deux personnes dans un même culte domestique, d'en faire naître une troisième qui soit apte à continuer ce culte. C'est ce dont témoigne la formule sacramentelle qui était prononcée lors de la célébration du mariage et que nous rapporte Clément d'Alexandrie [6] : Παίδων ἐπ' ἀρότῳ γνησίων δίδωμι σοί γε τὴν ἐμαυτοῦ θυγατέρα. Aussi peut-on considérer comme très exacte la définition que nous donne le même auteur du mariage

(1) *V. infra*, § 4.

(2) Hésychius, v° προτέλεια : ἡ πρὸ τῶν γάμων θυσία καὶ ἑορτή. τέλος γὰρ ὁ γάμος ἀπὸ τοῦ εἰς τελειότητα ἄγειν. Cf. Schœmann-Galuski, t. 2, p. 643 ; Hruza, I, p. 127. On peut dire aussi que le mot τέλος signifie cérémonie sacrée (Pollux, III, 38), comme si le mariage avait été, dans les anciens temps, la cérémonie sacrée par excellence. Cf. Fustel de Coulanges, *loc. cit.* liv. II, c. 2.

(3) Ζεὺς τέλειος et Ἥρα τέλεια. V. Plutarque, *Quæst. rom.*, c. 2.

(4) Cf. Hauvette-Besnault, *De archonte rege*, et *Les stratèges athéniens*, p. 41 et s. *V. infra*, § 4.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 505, note 74.

(6) *Stromata*, II, c. 23. Cette formule est, d'après cet auteur, empruntée au poète Ménandre. Cf. sur cette formule : Meineke, *Frag. com. gr.*, IV, p. 275, V, p. 107 ; Kock, *Fragm. com. gr.*, III, p. 205 ; Hruza, I, p. 127.

grec en général et du mariage athénien spécialement : l'union de l'homme et de la femme formée selon la loi pour la procréation d'enfants légitimes [1]. Dès lors celui qui n'a pas d'enfants n'a rempli que la moitié de sa fin ici-bas, il est qualifié de ἡμιτελής [2].

La présence de la femme au foyer conjugal peut cependant s'expliquer, d'après certains auteurs [3], par un motif plus élevé et tenant aux idées religieuses. Là où la femme n'existe pas, le culte domestique est incomplet et insuffisant, car elle exerce aussi dans une certaine mesure un sacerdoce. C'est peut-être à ce rôle de la femme que Démosthène fait allusion lorsqu'il définit l'épouse : « Celle que nous prenons non-seulement pour avoir des enfants légitimes, mais encore pour être la fidèle gardienne de tout ce que contient notre maison [4]. »

Malgré ces dernières considérations qui, du reste, ne jouent qu'un faible rôle, et malgré l'importance que présente le mariage au double point de vue religieux et politique, la notion du mariage est moins élevée à Athènes qu'à Rome, où les jurisconsultes de l'époque classique, c'est-à-dire d'une époque où la disparition des mœurs anciennes avait profondément altéré le caractère de l'institution, en donnent encore cette belle définition : *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio, individuam*

(1) *Ibid.* : γάμος μὲν οὖν ἐστι σύνοδος ἀνδρὸς καὶ γυναικός ἡ πρώτη κατὰ νόμον ἐπὶ γνησίων τέκνων σπορᾷ. Tel était également le but principal du mariage à Sparte, ainsi que cela ressort de nombreux témoignages. Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 305 et s.; Jannet, *Instit. soc. à Sparte*, p. 98 et s. Ces idées du droit grec sont tout à fait conformes à celles du droit hindou, où l'épouse est appelée du nom caractéristique de *jâyâ* c'est-à-dire « celle qui enfante ». Cf. B. W. Leist, p. 52.

(2) Homère, *Iliade*, II, 700 et 701. Cf. Hruza, I, p. 127.

(3) Fustel de Coulanges, *loc. cit.* Cette idée est du reste contestable. *V. infra* sect. II, § 2.

(4) Démosthène, *C. Neaeram*, § 122 : τὰς δὲ γυναῖκας τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως καὶ τῶν ἔνδον φύλακα πιστὴν ἔχειν.

vitæ consuetudinem continens (1). Le mariage athénien est plutôt une affaire, un contrat, que l'union légitime de deux personnes se liant de manière à n'avoir qu'une âme et qu'une volonté, à mêler leurs droits et leurs devoirs, leurs plaisirs et leurs peines. Dans ce contrat, la femme ne joue même, comme nous le verrons, qu'un rôle purement passif, et elle est l'objet du contrat plutôt qu'elle n'y est partie. Le mariage est une affaire réglée exclusivement entre le kyrios de la femme, qui dispose d'elle à son gré, et le futur mari. On ne comprend guère, d'ailleurs, quel rôle actif la femme eût pu jouer parmi des hommes dont toute l'activité se déployait au dehors et était dirigée vers la chose publique. Le seul service que l'épouse pouvait rendre à la cité était de devenir mère et de lui donner de nouveaux citoyens. Aussi toutes les lois attiques relatives à la femme semblent-elles tendre vers ce seul but, et ont-elles pour objet plus ou moins direct d'assurer la perpétuité des familles [2]. Au surplus, si l'on songe à la façon dont, à Athènes, les deux sexes vivaient séparés et au peu de considération dont jouissaient les femmes, on trouve tout naturel que les mariages aient été décidés par d'autres considérations que celles qui prévalent aujourd'hui, et qu'il n'ait été question, lors de leur conclusion, ni du choix, ni de l'inclination réciproque des deux époux, mais seulement de raisons de famille ou d'intérêt [3].

Certains esprits élevés comme Xénophon [4], Aristote [5], Plu-

(1) L. 1, D. *De ritu nupt.*, XXIII, 2 ; Instit. lib. I, tit. 9, § 1.

(2) Cf. Gide, *Condit. de la femme*, p. 75, 76.

(3) Cf. Cauvet, p. 133 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 585.— C'est ce qui fait peut-être que le mariage était considéré par quelques-uns comme un mal nécessaire : τὸ γαμεῖν, ἐὰν τις τὴν ἀλήθειαν σκοπῇ, κακὸν μὲν ἐστιν, ἀλλ'ἀναγκαῖον. Ménandre *in* Stobée, *Serm.* LXIX, 10. Cf. Hermann-Blümner, p. 260, note 2.

(4) *Economique*, VIII, § 30.

(5) *Eth. Nicom.*, VIII, 12, 7, p. 1162, *a*, 16 : ἀνδρὶ δὲ καὶ γυναικὶ φιλία δοκεῖ κατὰ φύσιν ὑπάρχειν... οὐ μόνον τῆς τεκνοποιΐας χάριν συνοικοῦσιν, ἀλλὰ καὶ τῶν εἰς τὸν βίον.

tarque [1] et même Platon [2] nous présentent, il est vrai, dans leurs écrits un autre idéal du mariage, dont le trait caractéristique est la κοινωνία παντὸς τοῦ βίου [3]. Mais si le charmant tableau que Xénophon, par exemple, nous présente d'Ischomaque et de sa jeune femme [4] n'est pas une œuvre de pure imagination, et si l'on peut admettre que le caractère de quelques esprits d'élite, tels que Xénophon lui-même, a pu se refléter dans l'*Economique*, il serait dangereux de considérer ces passages des philosophes comme des documents certains à consulter quand on étudie l'histoire de la société et des mœurs à Athènes. En réalité, malgré la situation élevée que quelques femmes pouvaient avoir acquise dans la famille, grâce à l'affection et au bon sens de leur mari, le mariage à Athènes n'est nullement ce lien intime et sacré qui, tout en assurant au mari la direction de l'association conjugale, adoucit singulièrement la sujétion de l'épouse par la dignité dont il l'entoure. Peut-être y eût-il un temps, antérieur à l'époque historique, où la femme athénienne était plutôt la compagne que la pupille de son mari [5] ; mais, en tous cas, à l'époque classique, la femme n'occupe au foyer domestique qu'un rang tout-à-fait secondaire. De plus, la fragilité du lien matrimonial et la fréquence des divorces, en ôtant toute sécurité à l'union conjugale, rendent la situation de l'épouse encore plus précaire, et ainsi que nous le ver-

(1) *Præcept. conjug.*, c. 1 et passim.

(2) *Leges*, VI, 15, 23. — Ainsi Platon veut avant tout que les futurs époux se connaissent, et il institue en conséquence des fêtes publiques qui réunissent autour d'un autel commun douze fois par an tous les membres d'une même tribu et douze autres fois tous les membres d'une même phratrie.

(3) Il est curieux de noter qu'à l'expression συνοικεῖν, qui était usitée à l'époque classique a Athènes pour désigner la cohabitation des époux (Isée, *De Cir. her.*, § 8), les moralistes d'une époque ultérieure opposent l'expression συμβιοῦν. Thémistius, *in* Stobée, LXIX, 22 ; Hruza, I, p. 125, note 5.

(4) V. Lallier, p. 41 et s.

(5) Suivant une légende rapportée par saint Augustin (*De civit. Dei*, XVIII, 9), d'après Varron, c'est par punition que les femmes auraient été déchues de

rons en étudiant la tutelle des femmes, la font descendre à un degré d'infériorité qui la rapproche de l'enfant et même de l'esclave.

Par contre, la femme, à notre avis du moins, est seule au foyer conjugal, et elle n'a pas à craindre d'y voir une rivale lui disputer le titre d'épouse. Non-seulement, en effet, l'unité du mariage est admise dans le droit athénien, comme du reste parmi tous les peuples civilisés, mais encore l'épouse légitime n'a point à tolérer dans la famille la présence simultanée d'une autre femme, d'une concubine donnant également le jour à des enfants légitimes [1]. S'il n'existe point entre la femme légitime et son mari cette communauté d'idées et d'affection qui fait le fond du mariage chrétien, si le citoyen d'Athènes va souvent chercher chez les courtisanes les jouissances intellectuelles ou les divertissements qu'il ne rencontre point au gynécée, l'épouse est au moins assurée d'être l'unique source de la famille légitime, et c'est d'elle seulement que peuvent naître les continuateurs du culte domestique.

L'épouse, dans le droit attique, se nomme δάμαρ [2] et γυνή [3]. La première expression n'est point usitée par les

leur situation primitive : « Neptuni ut ira placaretur, triplici supplicio dicit idem auctor (Varro) ab Atheniensibus affectas esse mulieres ut nulla ulterius ferrent suffragia, etc. » Cf. Hruza, I, p. 13.

(1) La question de la polygamie et celle du concubinat à Athènes sont toutefois vivement controversées. V. *infra*, §§ 2 et 3.

(2) Cette expression ne se rencontre que dans deux lois. La première est la loi sur le meurtre vraisemblablement édictée par Dracon et citée par Démosthène, dans son plaidoyer contre Aristocrate, § 53 : ἐὰν τις ἀποκτείνῃ... ἢ ἐπὶ δάμαρτι, ἢ ἐπὶ μητρὶ... τούτων ἕνεκα μὴ φεύγειν κτείναντα. La seconde est citée dans le plaidoyer attribué au même orateur contre Stéphanos, II, § 18 : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι κτλ. L'authenticité de ces deux lois ne peut être sérieusement contestée. Cf. Hruza, I, p. 6, note 17.

(3) Ce mot se trouve soit dans les orateurs (Démosthène, *C. Macart.*, § 75 et *C. Neær.*, §§ 52 et 87), soit dans les inscriptions (Cf. *Corp. inscr. att.*, II, p. 108 et s.). Il sert d'ailleurs exclusivement pour désigner l'épouse légitime et non la concubine. Hruza, I, p. 6, note 18.

prosateurs, mais seulement par les poètes : aussi sa présence dans une loi témoigne-t-elle de l'ancienneté de cette loi [1]. Le mari est nommé ἀνήρ [2]. Pour désigner la cohabitation des époux, les lois et les auteurs emploient l'expression συνοικεῖν.

§ 2. — *De la polygamie.*

La polygamie, ou tout au moins la bigamie était-elle permise à Athènes? La question, bien que généralement résolue par la négative, nous paraît cependant assez délicate. Dans une opinion qui a été tout récemment défendue par Hruza [3] avec une profondeur d'érudition et une vigueur d'argumentation remarquables, le droit attique, sans autoriser formellement la bigamie, ne l'a point non plus défendue. La loi étant muette à cet égard, les citoyens avaient toute liberté pour contracter simultanément plusieurs mariages. Il ne paraît pas toutefois qu'ils aient beaucoup usé de cette liberté, quoique, eu égard à la pauvreté des sources du droit attique, les cas de bigamie qui nous sont parvenus soient relativement assez nombreux. La raison de cette prédominance incontestable du principe monogamique tient aux conditions économiques et à l'état social de la République athénienne. Un citoyen avait, en effet, toute facilité, sans recourir à la bigamie, de donner satisfaction à ses passions, et il pouvait, sans en être empêché par aucune pénalité, même civile [4], demander ouvertement aux courtisanes les distractions qu'il ne trouvait pas au foyer domestique. Les frais que lui occasionnaient ces relations tempo-

(1) Hruza, I, p. 6.
(2) V. Démosthène, *Adv. Bœotum*, I, § 23, II, § 29.
(3) *Beitraege*, II, p. 1-62.
(4) V. *infra*, tit. II, ch. I, sect. IV, art. I, § 1.

raires avec des hétaïres étaient certes moins considérables que ceux qu'aurait entraînés l'entretien d'une seconde épouse, sans compter le souci des enfants qui auraient pu naître de cette nouvelle femme. Aussi les riches seuls pouvaient-ils songer à user de la bigamie, quand des motifs spéciaux, comme des intérêts de famille ou une inclination personnelle, les y poussaient. D'autre part, la présence au domicile conjugal d'une première épouse devait, le plus souvent, être un obstacle à la conclusion d'une nouvelle union bigamique. Quelque inférieure, en effet, que fût, au point de vue juridique, la situation de la femme mariée, celle-ci prenait fréquemment la direction du ménage et, grâce à son influence ou par la menace d'un divorce, pouvait s'opposer à l'introduction dans la famille d'une nouvelle épouse. Enfin, la facilité avec laquelle le mari pouvait répudier sa femme devait également contribuer à rendre assez rares les unions bigamiques qui n'auraient été contractées par des maris que pour satisfaire une passion ordinairement inconciliable avec la présence d'une première femme dans la maison conjugale.

Telles sont les conclusions auxquelles arrive Hruza [1] et, après avoir essayé de démontrer qu'elles sont conformes aux traditions de l'âge héroïque en Grèce, il les justifie, pour le droit attique, en alléguant l'existence de plusieurs cas de bigamie qui, à son avis, résultent manifestement de certains plaidoyers des orateurs. Il tente ensuite de démontrer, en se fondant sur ces mêmes plaidoyers ainsi que sur le témoignage de certains comiques, que les mariages contractés contrairement à la coutume monogamique n'étaient point frappés de nullité, que les enfants qui en naissaient n'étaient point illégitimes et que ces unions ne soulevaient nullement le blâme de l'opinion publique. La théorie de la bigamie dans le droit attique peut d'ailleurs être appuyée sur une loi rendue

(1) V. dans le même sens : Héraud, *Animadv.* 6, 14, 3, 4. — Cf. Platner, *Process*, t. 2, p. 246.

à l'époque de la guerre du Péloponèse et qui aurait permis aux Athéniens d'avoir simultanément deux femmes légitimes.

1° Le Répertoire de Doctrine, de Législation et de Jurisprudence, *commencé sous la direction de* M. Rivière, *conseiller à la Cour de cassation; continué sous la direction de* M. André Weiss, *professeur de droit civil à l'Université de Paris, par* M. H. Frennelet, *avocat à la Cour d'appel de Paris, rédacteur en chef.*

Le Répertoire des Pandectes françaises est aujourd'hui trop répandu et apprécié pour qu'il soit nécessaire d'insister longuement sur ses qualités essentielles, causes de son succès. Nous nous contenterons donc d'en énumérer les principales, surtout pour ceux qui débutent dans la carrière ou qui n'ont pas eu l'occasion de consulter cet ouvrage.

1° Les diverses monographies qu'il renferme, au lieu d'être simplement ébauchées ou effleurées, à la manière presque de tables analytiques, sont toujours étudiées à fond, avec une abondance de jurisprudence permettant de voir, dans tous les cas, la solution donnée par les Tribunaux aux points douteux de la législation.

2° A la différence des autres répertoires, qui ne citent le plus souvent que leurs propres recueils, le Répertoire des Pandectes françaises renvoie à toutes les collections de Paris et de province, de manière à permettre au magistrat, à l'avocat, de voir comment la Cour à

à l'époque de la guerre du Péloponèse et qui aurait permis aux Athéniens d'avoir simultanément deux femmes légitimes.

A notre avis, au contraire, la règle du mariage monogamique a été reçue dans le droit athénien comme dans toute la Grèce. Sans doute, à la différence de ce qui a lieu chez les nations modernes, la bigamie, à Athènes, n'est réprimée par aucune loi, (ou du moins cette loi ne nous est pas parvenue), et nous ne croyons pas non plus que l'opinion publique ait dû être bien sévère à l'égard des bigames, étant donnée la tolérance dont jouissaient les maris infidèles. Néanmoins la bigamie ne saurait, selon nous, constituer un état juridique reconnu par la loi, comme aujourd'hui la polygamie chez les peuples musulmans, et un citoyen d'Athènes ne peut être engagé simultanément dans les liens de deux mariages également valables. Est-ce à dire pour cela que le second mariage, qui constitue un citoyen en état de bigamie, soit nécessairement nul, et que les enfants qui en naissent soient forcément illégitimes, adultérins même, comme nous dirions aujourd'hui? Non, à Athènes, la sanction du principe monogamique ne peut être telle en raison de la fragilité du lien conjugal. Dans le droit attique, en effet, la rupture de ce lien est entièrement à la discrétion du mari, et celui-ci a toute liberté pour répudier sa femme par une manifestation expresse ou tacite de sa volonté. Or il est évident que, étant admise l'unité du mariage, le seul fait par le mari de prendre une nouvelle épouse avec les formes de l'ἐγγύησις implique chez lui la volonté de répudier sa première femme. Mais les deux mariages ne coexistent point, et la validité du second présuppose la dissolution du premier.

Les traditions de l'âge héroïque sont-elles conformes ou non au principe polygamique? Il nous paraît bien difficile de se former une opinion précise sur ce point. Zeus, dit-on, aurait été bigame, et d'après Homère [1], il aurait eu

(1) *Iliade*, XXI, v. 948 et s.; *Odyssée*, XI, v. 580.

simultanément pour épouses Héra (Junon) et Léto (Latone). Mais le témoignage d'Homère est assez équivoque et Apollodore [1], au contraire, ne donne à Zeus qu'une seule épouse, Héra, tout en reconnaissant ses amours avec d'autres femmes. Au surplus, le maître des dieux aurait très bien pu se permettre ce qui était interdit à de simples mortels.

On a cité également l'exemple de Jason, qui aurait été marié en même temps à Médée et à la fille de Créon de Corinthe, nommée Glauké. Mais si le récit d'Athénée [2] et la tragédie d'Euripide [3] peuvent laisser supposer ici un cas de bigamie, le récit d'Apollodore [4] donne lieu de croire, au contraire, que Jason n'a épousé Glauké qu'après avoir répudié Médée. Hercule a été également qualifié de φιλογύνης par Athénée [5], de même qu'Egée et Thésée de πολυγύναιος par le même auteur. Mais il est bien difficile de savoir si les diverses unions contractées par ces héros ont été simultanées ou successives. Quant aux héros d'Homère, sauf peut-être Priam qui, du reste, était un Troyen [6], ils sont monogames, ainsi qu'en témoigne l'exemple d'Ulysse et de Nestor .

Il est, d'ailleurs, une tradition relative au fondateur d'Athènes, à Cécrops, qui lui attribue l'honneur d'avoir introduit à Athènes le mariage monogamique, qu'il aurait substi-

(1) I, 3, 1. Cf. Hruza, II, p. 23.

(2) XIII, c. 3 : Μήδεια δὲ καίπερ εἰδυῖα τὸ ἔθος ὅτι ἐστι βαρβαρικὸν, οὐ φέρει οὐδὲ αὐτὴ τὸν Γλαύκης γάμον, ἤδη εἰς τὰ ἀμείνω καὶ ἑλληνικὰ ἐκδεδιῃτημένη.

(3) Médée, v. 909 et 910.

(4) I, 9, 27 : Αὖθις δὲ τοῦ τῆς Κορίνθου βασιλέως Κρέοντος τὴν θυγατέρα Γλαύκην Ἰάσονι ἐγγυῶντος παραπεμψάμενος Ἰάσων Μήδειαν, ἐγάμει. Le mot παραπεμψάμενος semble bien viser la répudiation, ἀπόπεμψις, de Médée. *Contrà* : Hruza, II, p. 23 et s.

(5) XIII, c. 4.

(6) Aussi, dans l'antiquité déjà, voyait-on dans la polygamie de Priam une preuve que les Troyens n'étaient point des Grecs mais des barbares. Cf. Athénée, XIII, c. 3, *supra*, note 2.

(7) *Od.* III, v. 451 : θυγατέρες τε νυοί τε καὶ αἰδοίη παράκοιτις Νέστορος.

tué à la communauté des femmes. Cette tradition est ainsi rapportée par Athénée [1] : ἐν δὲ Ἀθήναις πρῶτος Κέκρωψ μίαν ἑνὶ ἔζευξε, ἀνέδην τὸ πρότερον οὐσῶν τῶν συνόδων καὶ κοινογαμίων ὄντων, διὸ καὶ ἔδοξέ τισι διφυὴς νομισθῆναι οὐκ εἰδότων τῶν πρότερον διὰ τὸ πλῆθος τὸν πατέρα [2]. Sans doute, la version de certains historiens byzantins diffère de celle d'Athénée [3]. Aussi, sans vouloir accorder trop de créance à la légende de Cécrops, pour en conclure à l'existence d'une loi qui aurait consacré à Athènes le principe monogamique, nous nous en servirons seulement pour dire qu'il serait téméraire d'argumenter, dans un sens comme dans l'autre, des traditions de l'âge héroïque. Il ne serait point étonnant, du reste, que l'on rencontrât à cette époque quelques cas de bigamie véritable, surtout chez les rois ou les grands. Mais la notion du mariage a très bien pu s'épurer à l'époque historique, et il s'agit de savoir si, à cette époque, en consultant non plus des légendes différemment rapportées ou interprétées, mais des documents d'une valeur bien autrement considérable, la polygamie a été admise dans le droit hellénique et spécialement à Athènes.

Suivant Hruza [4], la législation de Solon n'aurait, en ce qui a trait à notre question, apporté aucun changement au droit antérieur, qui, sans autoriser expressément la bigamie, ne la prohibait point et laissait aux citoyens toute liberté de

(1) XIII, c. 2. Cf. Schol. ad Aristoph., *Plut.* 773 ; Justinus, *Histor.*, II, c. 6.

(2) Suidas, vo Κέκροψ, rapporte cette tradition en des termes analogues : Ὅτι τῶν ἀνδρῶν ὡς ἔτυχε μισγομένων ταῖς γυναιξί, καὶ ἐκ τούτου μὴ γινωσκομένου ἢ τοῦ παιδὸς παρὰ τοῦ πατρὸς ἢ τοῦ πατρὸς παρὰ τοῦ παιδὸς, αὐτὸς νόμους θέμενος, ὥστε φανερῶς συγγίνεσθαι αὐταῖς, καὶ μιᾷ στοιχεῖν.

(3) Voici notamment la version de Georgios Kedrenos, hist. I (*Corp. script. hist. byz.*, p. 145) : Οὗτος νομοθετεῖ τὰς γυναῖκας ἔτι παρθένους οὔσας ἑνὶ ἀνδρὶ τῷ βουλομένῳ γαμεῖσθαι καὶ μηδενὶ ἄλλῳ ἕως γὰρ θανάτου προσανέχειν. ἕως γὰρ αὐτοῦ ἀδιαφόρως ἔζων πρὸς καιρὸν μηνύμενοι καὶ αὖθις ὅτε βούλονται, διαχωριζόμενοι, ὡς ἄδηλον εἶναι τίς ἂν εἴη τούτων πατὴρ κτλ. Cf. Joannes Malalas, Chronogr. IV (*Corp. script. hist. byz.*, p. 71) ; Suidas, vo Προμηθεύς.

(4) II, p. 53.

pratiquer la monogamie ou la polygamie. Solon précisa bien les conditions de validité du mariage, de l'ἐγγύησις, mais il ne décida nulle part qu'un citoyen ne pourrait pas épouser une seconde femme alors qu'il aurait déjà une δάμαρ, et cet état de choses n'a point été modifié par la nouvelle rédaction d'Euclide. La principale preuve donnée à l'appui de la persistance de la bigamie dans le droit attique est alors tirée de plusieurs plaidoyers des orateurs, où l'on prétend trouver des cas certains de bigamie. Nous allons les étudier successivement; nous verrons quelles conclusions on peut en tirer et nous examinerons ensuite la valeur de la prétendue loi sur la bigamie dont parlent plusieurs historiens.

Le premier cas de bigamie que l'on allègue est celui de Mantias de Thorikos, et il serait établi par les deux plaidoyers de Démosthène contre Bœotos. Ces plaidoyers ont une grande importance dans l'histoire du droit de famille à Athènes ; ils ont servi successivement à étayer trois théories fort discutées, d'abord celle de la polygamie, en second lieu, celle du concubinat légitime et, en troisième lieu, celle de la légitimation des enfants naturels. Ils servent également à élucider la question de savoir si les enfants naturels jouissent du droit de cité. Il importe donc de les étudier avec soin dès à présent et de préciser le rôle joué par les diverses personnes en cause [1].

Mantias de Thorikos, un des hommes politiques les plus considérables d'Athènes, orateur influent, chargé de plusieurs missions importantes, avait épousé une femme d'une grande famille, fille de Polyaratos, et veuve de Cléomédon, fils de Cléon, le célèbre démocrate si rudement attaqué par Aristophane. De ce mariage, dont la validité ne peut faire de doute [2], naquirent deux enfants, dont l'un mourut de

(1) V. pour l'exposé des faits sur lesquels roulent ces plaidoyers : Van den Es, p. 104; Dareste, *Plaid. civ.*, t. 1, p. 108 et s., 129 et s. ; Hruza, II, p. 33-34.

(2) La validité de ce mariage est incontestable, bien que cependant Bœotos ait paru soulever quelque doute à cet égard, du moins d'après le discours de Man-

bonne heure, et dont l'autre, Mantithée, se maria vers l'âge de dix-huit ans, du vivant de son père, et eut une fille. La mère de ces deux enfants était décédée peu après leur naissance. Après la mort de Mantias, vers 356, des contestations s'élevèrent entre Mantithée et deux autres enfants, Bœotos et Pamphilos, que Mantias avait eus d'une autre femme nommée Plangon. Dans le premier plaidoyer, dirigé contre Bœotos seul, Mantithée soulève la question de nom, car Bœotos soutenait qu'une première sentence obtenue par son adversaire ne pouvait être exécutée contre lui, attendu que son nom était Mantithée et non Bœotos. De là une διαδικασία pour savoir auquel des deux compétiteurs appartenait le nom contesté. Or la solution de cette question dépendait elle-même de celle de savoir quelle était la situation de Bœotos vis-à-vis de Mantias et, par suite, quelle avait été la nature de l'union de celui-ci avec leur mère Plangon.

Plusieurs opinions ont été proposées à cet égard. Dans un premier système [1], la fille de Polyaratos seule aurait été l'épouse légitime, δάμαρ de Mantias, et Plangon n'aurait été qu'une concubine ordinaire. Dans une autre théorie, il aurait existé un mariage véritable entre Mantias et Plangon, mais ce mariage aurait soit précédé [2], soit suivi [3] celui de Mantias avec la fille de Polyaratos. Dans un troisième système, les deux mariages de Mantias avec cette dernière et avec Plangon auraient coexisté et nous aurions ici un cas de bigamie légale [4]. Enfin, dans une dernière théorie, qui est la

tithée, qui rend probablement mal la pensée de l'orateur, II, 26 : Εἴπερ ἡ μὲν ἐμὴ μήτηρ μὴ ἦν ἐγγυητή, μηδ' ἠνέγκατο προῖκα, ἡ δὲ τουτῶν ἠνέγκατο, κτλ. Cf. §§ 28, 29.

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 530 ; Van den Es, p. 104 ; Schæfer, III, 2, p. 215 ; Philippi, *Beitraege*, p. 83 et s. ; Dareste, *loc. cit.*; Caillemer, *Annuaire*, 1878, p. 191.

(2) Platner, *Beitraege*, p. 122 ; Gans, I, p. 322 ; Zimmermann, p. 15 ; Thalheim, *Prog. von Schneidemühl*, 1889, p. 7

(3) Meier, *De bonis damnatorum*, p. 69 ; Gilbert, I, p. 511-512.

(4) Héraud, *Animadv.*, liv. VI, c. 14, §§ 2 et s.; Hruza, II, p. 32 et s.

plus récente, Plangon serait une concubine légitime que Mantias aurait eue simultanément avec son épouse, concubine occupant une situation intermédiaire entre la concubine ordinaire et la femme légitime [1].

Pour résoudre la difficulté, il importe tout d'abord de relever, d'après les plaidoyers mêmes de Mantithée, certains points qui paraissent hors de doute. On y voit, en premier lieu, que, même pendant son mariage avec la fille de Polyaratos, Mantias a eu des rapports avec Plangon [2]. Il est même probable que Bœotos était né de ces relations avant que Mantithée lui-même ne vînt au monde, car Mantithée n'aurait pas succombé dans son procès sur le nom, si Bœotos n'avait point été, comme il le prétendait, l'aîné des enfants de Mantias [3].

Démosthène indique, d'autre part, le procédé curieux et peu loyal, à l'aide duquel les fils de Plangon sont parvenus à obtenir la situation d'enfants légitimes de Mantias. Celui-ci, après la naissance de ces enfants, ne les avait pas reconnus et ne les avait fait inscrire comme siens ni sur le registre de sa phratrie, ni sur celui de son dème [4]. Mais Bœotos, devenu majeur, et réunissant autour de lui, au dire de Mantithée, toute une bande de sycophantes, dont le fameux

(1) Buermann, *Drei Studien*, p. 569 et s.

(2) Or. II, § 27 : Ἐκείνη (la mère de Mantithée)..... τὸν βίον ἐτελεύτησεν, ἡ δὲ τούτων μήτηρ Πλάγγων καὶ πρότερον καὶ μετὰ ταῦτα εὐπρεπὴς τὴν ὄψιν οὖσα ἐπλησίασεν αὐτῷ. Il ne résulte point de ce passage que, comme le prétend Hruza (II, p. 33), Plangon ait eu des relations avec Mantias avant le mariage de celui-ci avec la fille de Polyaratos, mais seulement avant le décès de celle-ci. Il importe de faire cette observation, si l'on n'admet point la bigamie de Mantias et si l'on décide en même temps que son union avec Plangon était légitime.

(3) Hruza, II, p. 33. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des affirmations contraires de Mantithée. Or, I, § 27.

(4) C'est pour cela que, jusqu'à leur légitimation (s'il est permis d'employer ce mot), les fils de Plangon prenaient part aux chœurs d'enfants dans la tribu Hippothoontide, qui était celle de leur mère, et non dans la tribu Acamantide, qui était celle de leur père. Or. I, § 23.

Ménéclès, intente [1] contre Mantias une action en reconnaissance de sa paternité; il allègue que ses droits ont été méconnus et qu'il est victime d'une suppression d'état [2]. Mantias recule devant le scandale d'un procès qui peut compromettre sa situation politique [3], et il n'a qu'un moyen pour échapper à cette reconnaissance, c'est d'obtenir de Plangon qu'elle jure que Bœotos et Pamphilos ne sont pas les enfants de Mantias [4]. C'est qu'en effet, dans le droit attique, la recherche de la paternité est permise aux enfants d'une mère athénienne, et la preuve se fait au moyen du serment de la mère . Mantias offre en conséquence à Plangon une somme de trente mines pour qu'elle refuse le serment qu'il va lui déférer au sujet de ses enfants. Elle promet de le refuser, mais, sur la délation qui lui en est faite, elle accepte le serment contrairement à sa promesse, et déclare que Bœotos et Pamphilos sont bien les enfants de Mantias. Les prétentions de Mantias sont, dès lors, réputées établies et Man-

(1) Probablement tant en son nom qu'au nom de son frère Pamphilos.

(2) Or. I, § 2 : Τῆς πατρίδος, ἀποστερεῖσθαι. Cf. Or. II, § 3. — On peut également entendre cette expression en ce sens que la conduite de Mantias exposait Bœotos à être privé de son droit de cité, de sa patrie. Cf. Hruza, II, p. 40, note 39.

(3) C'est ce que laisse entendre Mantithée lorsqu'il dit (Or. I, § 3) que son père craignait de se présenter devant le tribunal de peur d'y rencontrer quelques-uns de ceux qu'il avait pu blesser autrefois étant aux affaires.

(4) Devant le refus immédiat de Mantias de les reconnaître, les fils de Plangon avaient formé ce que l'on nomme, dans la procédure attique, une πρόκλησις (V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 898), c'est-à-dire avaient demandé que le serment fût déféré à leur mère sur la question de paternité. Devant cette πρόκλησις, Mantias se trouve dans l'alternative, ou bien de la décliner et de reconnaître ainsi implicitement la véracité des allégations de ses adversaires, ou bien de l'admettre et de remettre ainsi la solution de la question à Plangon qui, selon toute vraisemblance, ne prêtera point un serment défavorable à ses enfants.

(5) C'est ce que dit formellement Aristote, en faisant précisément allusion au cas de Mantias. *Rhetor*. II, 23 : Ὅτι περὶ τῶν τέκνων αἱ γυναῖκες πανταχοῦ διορίζουσι τἀληθές. τοῦτο μὲν γαρ Ἀθήνησι Μαντίᾳ τῷ ῥήτορι ἀμφισβητοῦντι πρὸς τὸν υἱὸν ἡ μήτηρ ἀπέφηνεν, κτλ.

tias, privé de tout moyen d'attaquer la sentence arbitrale rendue à la suite de ce serment [1], n'a plus qu'à en subir les effets et à faire recevoir dans sa phratrie les deux fils de Plangon, et il les y fait inscrire lors des fêtes apaturiques. Mais la mort de Mantias étant survenue avant l'inscription des fils de Plangon sur les registres du dème, Bœotos se présenta devant l'assemblée du dème et s'inscrivit lui-même sous le nom de Mantithée, au lieu de celui de Bœotos, nom que le fils issu de l'union de Mantias avec la fille de Polyaratos prétendait lui appartenir exclusivement. Il n'est donc pas nécessaire de chercher longtemps pour découvrir cette fraude, inexplicable suivant certains auteurs [2], commise par Plangon au détriment de Mantias, et qui constitue le principal grief de Mantithée contre son adversaire. Elle consiste à avoir induit Mantias, par une fausse promesse, à lui déférer un serment que Plangon accepte ensuite, au lieu de le refuser, comme c'était convenu, et à avoir ainsi justifié et rendu nécessaire la condamnation de Mantias. Si Mantithée avait eu à se plaindre, de la part de Plangon, d'une fraude autre

(1) Mantithée (Or. I, § 4) considère bien Mantias comme tenu de s'incliner devant cette sentence, sans possibilité de l'attaquer : Εἰσάγειν εἰς τοὺς φράτερας ἦν ἀνάγκη τούτους, καὶ λόγος οὐδεὶς ὑπελειπέτο. Dans le second plaidoyer (§ 41) il dit de même : Διότι τῆς μητρὸς αὐτῶν ὀμοσάσης καὶ τοῦ διαιτητοῦ καταγνόντος ἠναγκάσθη ὁ πατὴρ ἡμῶν ἐμμεῖναι τῇ δίαιτῃ. Peut-être cependant cette opinion de Mantithée n'est-elle pas fondée. Si, en effet, a Athènes, l'appel n'est pas possible contre les décisions des arbitres privés, il l'est contre celles des arbitres publics (Meier, Schœmann et Lipsius, p. 986 ; Gilbert, I, p. 435). En supposant donc, ce qui est probable, que la sentence eût été rendue, dans l'espèce, par un arbitre public, Mantias aurait pu en appeler en formant une ἔφεσις εἰς δικαστήριον. Toutefois le doute est possible, car la même expression, διαιτητής, sert à désigner en même temps les arbitres publics et les arbitres privés. Cf. Hruza, II, p. 40, note 37. — Mantias aurait également pu intenter une action fondée sur la violation de la foi promise et sur la fraude de Plangon. Mais il avait, pour garder le silence, le même motif qui l'avait décidé à recourir à un compromis plutôt que de s'adresser aux tribunaux, à savoir le désir de ne pas compromettre sa situation politique.

(2) Van den Es, p. 109, 110; Philippi, *Beitraege* p. 86. — Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 530.

que celle que nous venons d'indiquer, il n'aurait pas manqué de la signaler [1].

La fraude commise par Plangon eut non-seulement le résultat que nous avons déjà indiqué, elle entraîna, après le décès de Mantias, le partage de sa succession en trois parts égales entre Bœotos et Pamphilos, fils de Plangon, et Mantithée, né de la fille de Polyaratos. Mantithée, tout en admettant ses frères au partage égal, prétend prélever un talent pour la dot de sa mère, tandis que Bœotos et Pamphilos allèguent, de leur côté, que la mère de Mantithée n'a apporté aucune dot et que leur mère Plangon, devenue l'épouse légitime de Mantias, a elle-même apporté une dot de cent mines. Sur la question du nom, Mantithée succomba; il triompha au contraire, sur la question concernant la dot de Plangon [2]. Quant au procès concernant la dot de la mère de Mantithée, nous ne pouvons en connaître le résultat.

Etant donnés les faits que nous venons d'exposer, il s'agit de déterminer la nature des relations de Plangon avec Mantias. Au premier abord, on pourrait croire que Plangon n'était qu'une simple concubine. Mantithée parle d'elle, en effet, dans des termes qui laissent supposer une situation irrégulière et non point un mariage légitime, surtout quand on les rapproche de ceux dont il se sert pour qualifier l'union de sa mère avec Mantias [3]. Comment, d'autre part, expliquer que, si les fils de Plangon étaient issus d'une union légitime, Mantias ait refusé de les recevoir dans sa maison

(1) Buermann, p. 576; Hruza, II, p. 37, note 28.
(2) Arg. or. II, § 30. Cf. Hruza, II, p. 34.
(3) Or. I, § 26 : Γάμῳ γεγαμηκὼς τὴν ἐμὴν μητέρα. ἑτέραν εἶχε γυναῖκα. — Or. II, § 8 : Τὴν μὲν τοίνυν μητέρα τὴν ἐμὴν οὕτως ὁ πατήρ μου γήμας εἶχε γυναῖκα ἐν τῇ οἰκίᾳ τῇ ἑαυτοῦ.... τῇ δὲ τούτων μητρὶ Πλαγγόνι ἐπλησίασεν ὅντινα δὴ ποτ' οὖν τρόπον. οὐ γὰρ ἐμὸν τοῦτο λέγειν ἐστίν. — II, § 27 : Ἡ δὲ τούτων μήτηρ Πλάγγων καὶ πρότερον καὶ μετὰ ταῦτα εὐπρεπής τὴν ὄψιν οὖσα ἐπλησίασεν αὐτῷ. — Cf. II, § 5.

même après la sentence arbitrale rendue à la suite du faux serment de Plangon certifiant la filiation de ses enfants [1] ? On allègue également en ce sens que l'intrigue ourdie par Plangon n'aurait été nullement nécessaire si cette femme avait été l'épouse légitime de Mantias [2]. On peut dire enfin qu'en présence de l'origine de Plangon, fille d'un débiteur du fisc, il est plus vraisemblable d'admettre l'existence d'un concubinat que celle d'un mariage entre elle et un homme occupant une aussi haute situation que Mantias.

Nous n'hésitons pas cependant à affirmer, conformément à l'opinion générale, qu'il existait entre Mantias et Plangon un mariage véritable. Mantithée, en effet, ne nie jamais en termes formels l'existence d'une semblable union, et s'il parle de l'engyésis de sa mère, il ne dit nulle part que Plangon n'a jamais été ἐγγυητή à Mantias. Cette allégation d'un simple concubinage entre son père et la mère de ses adversaires eût été cependant toute naturelle et aurait constitué un des meilleurs arguments à l'appui de sa cause. En vain objecterait-on la modération de langage dont Mantithée se targue d'user vis-à-vis de Plangon [3], car l'orateur ne se gêne nullement pour parler à chaque instant de la fraude commise par celle-ci, et qui a eu pour résultat de le dépouiller des deux tiers de la succession paternelle. Il n'avait aucun motif pour épargner Plangon à d'autres égards en s'abstenant de la qualifier de concubine, si elle l'avait été réellement.

On ne peut non plus, pour justifier l'existence d'un simple concubinat, se prévaloir de la différence des expressions employées par Mantithée pour qualifier les deux unions de son père. Nous observerons d'abord que Mantithée avait un certain intérêt à ne pas reconnaître trop ouvertement le mariage de Plangon et à jeter ainsi des doutes sur la légiti-

(1) Van den Es, p. 107.
(2) Philippi, *loc. cit.*, p. 83.
(3) Or. II, § 49 : Αἰσχύνομαι λέγειν περὶ ἐκείνης τι φλαῦρον.

mité de ses adversaires. Au surplus, dans plusieurs passages de ses discours, il reconnaît implicitement le caractère légal de l'union de Mantias et de Plangon. Ainsi il qualifie celle-ci de γυνή [1], expression qui sert à désigner la femme légitime et non la concubine. Mantias et Plangon sont donc à ses yeux, ἀνήρ καί γυνή [2], c'est-à-dire mari et femme [3].

L'existence d'un mariage légal avec engyésis entre Mantias et Plangon découle, d'une manière plus certaine encore, d'autres passages des plaidoyers. Ainsi d'abord, si Plangon n'avait été qu'une simple concubine, ses fils n'auraient jamais songé à réclamer une dot de cent mines qui, d'après eux, aurait été constituée à leur mère par leur grand père. Si l'on songe à l'usage dont parle Isée [4], et d'après lequel ceux qui donnent leurs filles [5] en concubinat ont soin de stipuler à leur profit une certaine somme, il y a lieu de croire que Mantias aurait plutôt dû payer que recevoir la somme réclamée par Bœotos comme équivalant à la dot de sa mère. Si, d'autre part, Plangon n'eût été qu'une concubine, Mantithée n'aurait pas omis d'employer un argument décisif pour repousser les prétentions de ses adversaires relatives à la dot

(1) V. Or. I, §§ 23, 26 ; II, §§ 27, 29. — Quand, au § 26 du premier plaidoyer, Mantithée dit en parlant de Mantias, ἑτέραν εἶχε γυναῖκα, il faut voir dans cette ἑτέρα γυνή non point, comme le prétend Buermann (*loc. cit.*), une femme d'une autre sorte, mais une autre femme de la même sorte que la fille de Polyaratos. Si, en effet, Mantithée avait voulu dire que Plangon n'était point l'épouse légitime, δάμαρ, de Mantias, il l'aurait exprimé en termes non équivoques. Cf. Hruza, II, p. 36, note 24.

(2) Or. I, § 23, II, § 29.

(3) Hruza (II, p. 36) argumente encore du § 27 du second plaidoyer, où il est dit : ὥστε πολὺ μᾶλλον εἰκὸς ἦν αὐτὸν διὰ τὴν ζῶσαν γυναῖκα, ἧς ἐρῶν ἐτύγχανε τὸν τῆς τεθνεώσης υἱὸν ἀτιμάζειν ἢ δι' ἐμὲ καὶ τὴν τετελευτηκυῖαν τοὺς ἐκ τῆς ζώσης καὶ πλησιαζούσης αὐτῷ παῖδας μὴ ποιεῖσθαι. D'après cet auteur, Mantithée semble mettre ainsi Plangon sur le même pied que sa mère. Mais nous serions plutôt porté à y voir une preuve du contraire et de la déconsidération de Plangon.

(4) *De Pyrrhi hered.*, § 39.

(5) C'est là du moins l'opinion générale. Nous aurons à voir ultérieurement s elle est fondée.

de Plangon, en disant qu'il ne pouvait y avoir de dot puisqu'il n'y avait pas de mariage. Il s'efforce, au contraire, de réfuter, en fait, la demande de Bœotos en exposant la situation de Pamphilos, père de Plangon qui, suivant l'orateur, est mort étant encore débiteur de l'Etat. Mantithée conclut en disant : « Comment mon père aurait-il pu recevoir une somme quelconque provenant des biens de Pamphilos, lorsque ces biens n'ont pas même suffi pour payer la dette de Pamphilos? » Et il ajoute qu'à supposer même qu'il fût resté quelque chose à Pamphilos, ce ne serait pas Mantias qui aurait recueilli cet excédent, mais les fils de Pamphilos [1].

Nous trouvons une preuve plus manifeste encore de l'existence du mariage de Plangon avec Mantias dans ce que raconte Mantithée au sujet du serment prêté par Plangon dans le procès de paternité intenté par Bœotos contre Mantias. Bœotos fonde son action sur la loi qui oblige le père à reconnaître et à introduire dans sa phratrie les enfants qu'il a eus en légitime mariage avec une citoyenne. Mantias s'y refusant, pour une raison quelconque, probablement parce qu'il a des doutes sur la paternité [2], ses prétendus enfants recourent naturellement à la πρόκλησις dont nous avons parlé. Mais alors sur quoi va porter le serment de Plangon dont dépend la solution de la difficulté? Est-ce, comme on l'a prétendu [3], sur le point de savoir s'il existait un mariage légal entre elle et Mantias, mariage qui serait la condition de la légitimité des enfants? Nullement; c'est, comme le déclare l'orateur à deux reprises différentes, uniquement sur la question de paternité, de filiation [4]. Si l'existence du mariage avait

(1) Or. II, §§ 22 et 23. Cf. Zimmermann, p. 12; Cilbert, I, p. 512; Hruza II, p. 35. Van den Es (p. 110) est obligé de reconnaitre qu'on ne peut s'expliquer autrement la réclamation de Bœotos relative à la dot de Plangon, attendu que les concubines n'ont pas de dot.

(2) Or. II, § 9 : Τοῦ πατρὸς οὐκ ἂν φάσκοντος πεισθῆναι ὡς οὗτοι γεγόνασιν ἐξ αὐτοῦ.

(3) Van den Es, p. 109; Philippi, p. 86. — Cf. Ciccotti, p. 41.

(4) Or. II, § 10 : 'Ομόσαι ἦ μὴν τοὺς παῖδας ἐξ αὐτοῦ γεγονέναι. — Or. I, § 4:

été mise en question par Mantias, et si elle n'avait point été reconnue par tous les intéressés, le serment aurait, au contraire, porté sur le point de savoir si Plangon avait été ἐγγυητή à Mantias. Le serment est donc exclusivement un serment de paternité [1]. C'est bien ainsi, du reste, qu'Aristote le comprend lorsqu'il nous dit que « à Athènes, Mantias l'orateur niant que l'enfant fût de lui, en admit le témoignage de la mère [2]. » Cette interprétation résulte enfin nécessairement de ce que nous dit Mantithée des effets du serment prêté par Plangon. Selon l'orateur [3], après ce serment, « il n'y avait plus rien à dire, » et tout recours se trouvait fermé à Mantias. C'est donc que le seul moyen que celui-ci possédait et qui lui fut ainsi enlevé, c'était de mettre en question sa paternité, d'où il faut conclure, *a contrario*, que Mantias ne pouvait point contester son engyésis avec Plangon, ni sa qualité de citoyenne. Si, en effet, Mantias avait été antérieurement en droit de soulever une semblable contestation, ce n'est pas le serment prêté par Plangon sur la seule question de paternité qui aurait pu l'empêcher d'user de ce droit ultérieurement et de triompher dans son refus de reconnaître Bœotos. Non-seulement il n'aurait pu être contraint d'introduire dans sa phratrie les fils de Plangon, mais, de plus, la loi n'aurait pas permis aux phatores de le recevoir [4]. Enfin, si Plangon n'avait pas été son épouse légitime, Mantias se serait parjuré en faisant admettre dans sa phratrie Bœotos et Pamphilos, car la condition

Ἡ δὲ δεξαμένη οὐ μόνον τοῦτον ἀλλὰ καὶ τὸν ἀδελφὸν τὸν ἕτερον πρὸς τούτῳ κατωμόσατο ἐκ τοῦ πατρὸς εἶναι τοῦ ἐμοῦ, ὡς δὲ τοῦτ' ἐποίησεν, εἰσάγειν εἰς τοὺς φρατέρας ἦν ἀνάγκη τούτους καὶ λόγος οὐδεὶς ὑπελείπετο.

(1) Hruza (II, p. 37) observe, avec raison, que l'action de Bœotos contre Mantias tendant à la constatation de sa filiation ne se comprend que si Bœotos affirme être le fils légitime, γνήσιος, de Mantias, et, par suite, né de sa femme légitime. En effet, les enfants nés hors mariage, les νόθοι, n'ont point d'anchistie.

(2) *Rhétoriqae*, II, 23 : V. *supra*, p. 47, note 5.

(3) Or. I, § 4.

(4) Buermann, p. 575-576. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 550, note 139 ; Gilbert, I, p. 512.

de toute admission est le serment prêté par celui qui présente l'enfant à la phratrie que cet enfant est né d'une citoyenne athénienne et en légitime mariage [1].

Plangon était donc bien l'épouse légitime de Mantias. Peu importe, après ce que nous venons de dire, que Mantithée parle d'elle quelquefois en des termes qui s'appliqueraient plutôt à une concubine qu'à une épouse, car c'est l'intérêt de l'orateur de déconsidérer Plangon, bien qu'il se défende hypocritement de dire du mal d'elle. Peu importe, d'autre part, que Mantias ait refusé de recevoir chez lui Bœotos et Pamphilos. Ce refus se comprend très bien si l'on songe qu'il a eu la main forcée par la fraude de Plangon. Enfin cette fraude, loin d'être une objection contre notre interprétation, ne se conçoit, au contraire, que dans l'hypothèse d'un mariage entre Plangon et Mantias, car autrement, ainsi que nous l'avons démontré, elle n'aurait pu avoir aucun résultat [2].

Étant admis que Plangon a été la femme légitime de Mantias, il s'agit de déterminer l'époque à laquelle ce mariage a existé. Dans la théorie de Hruza, ce mariage aurait coexisté avec l'union de Mantias et de la fille de Polyaratos,

(1) Isée, *De Apollod. her.*, § 26. — La démonstration se complète encore, si l'on admet que les enfants nés en légitime mariage jouissent seuls du droit de cité. Mantithée reconnait, en effet, dans deux passages différents, que ses frères consanguins jouissent du droit de cité. Or. II, § 42 : Οὗτος αὐτὸς κατὰ γνῶσιν διαιτητοῦ ὑμέτερος πολίτης γεγενημένος. — II, § 48 : Διὰ τὰ ἐκείνου ἁμαρτήματα ὑμέτερος πολίτης γενόμενος. — Cf. Or. I, § 34 : Ἀγάπα δ' ὅτι σοι πόλις, οὐσία πατὴρ γέγονεν.

(2) Quant à la circonstance de la célébration de la δεκάτη, ou fête de famille du dixième jour après la naissance de l'enfant, il n'y a pas lieu d'y attacher une grande importance pour la solution de notre question, car on ne peut savoir si réellement elle a eu lieu. Bien que contestée par Mantithée, la célébration de la δεκάτη est affirmée par deux témoins (Or. I, § 22 ; II, §§ 28 et 59). Il est probable, d'ailleurs, que l'allégation de Bœotos concernant la célébration de la δεκάτη a été admise par le juge appelé à trancher la question du nom, car autrement Bœotos n'aurait pas eu gain de cause sur ce point. Hruza, II, p. 38. — Cf. sur la δεκάτη : *infra*, tit. II, ch. I, sect. IV, art. II.

et nous aurions ici un cas de bigamie. D'après cet auteur [1], l'union de Plangon avec Mantias existait déjà à l'époque où celui-ci épousa la fille de Polyaratos, puisque Bœotos est l'aîné, et elle durait encore à l'époque de la naissance de Pamphilos, puisque celui-ci est également reconnu comme fils légitime de Mantias. Elle a persisté, du reste, jusqu'à la mort de ce dernier, car, de l'aveu de Mantithée, les relations de Mantias et de Plangon avaient toujours continué. Mantias avait ainsi simultanément deux femmes légitimes qu'il entretenait dans deux maisons différentes, séparation qu'il a maintenue après la mort de la fille de Polyaratos [2]. Mantithée reconnaît lui-même qu'après avoir épousé sa mère, Mantias aurait pu prendre une autre femme et entretenir un double ménage [3]. Il y a donc bigamie certaine, puisque l'on tient pour un mariage légal l'union de Plangon et de Mantias.

Nous n'admettons point cependant la bigamie de Mantias. Elle paraît, *a priori*, inadmissible si l'on songe au caractère de Mantias et au soin qu'il prenait de ne pas compromettre sa situation. En présence des idées nettement monogamiques de ses concitoyens, il ne se serait point évidemment exposé à s'aliéner les sympathies de la famille de Polyaratos, famille qui devait être très influente, en contractant, du vivant de sa première femme, une union avec la fille d'un individu aussi déconsidéré que le père de Plangon. On ne peut nier, il est vrai, que, quoique déjà marié à la mère de Mantithée, il ait eu des relations avec Plangon : Mantithée lui-même l'avoue, mais en des termes qui n'impliquent nullement l'existence d'un mariage double et simultané. Il faut observer, en outre, que Mantithée envisage uniquement comme une simple hypothèse [4] le fait par

(1) II, p. 41.
(2) Or. II, §§ 2, 9, 13, 50, 51.
(3) Or. I, § :6.
(4) Or. I, § 26.

Mantias, après avoir épousé sa mère, d'avoir pris une autre femme et entretenu un second ménage, et que l'orateur se contredit à ce sujet dans ses deux plaidoyers [1].

Il est, à notre avis, bien plus vraisemblable d'admettre que les deux mariages de Mantias ont été non point simultanés, mais successifs. Il reste alors à savoir lequel des deux a précédé l'autre. Au premier abord, il semble plus naturel de donner l'antériorité au mariage de Mantias avec Plangon. Bœotos, en effet, se dit l'aîné de Mantithée, et cette prétention a, selon toute probabilité, été consacrée par le juge saisi du procès περὶ ὀνόματος : c'est donc que Mantias s'est marié en premier lieu avec Plangon. Il a ensuite divorcé quand son intérêt, triomphant momentanément de sa passion pour la fille de Pamphilos, l'a décidé à épouser la fille de Polyaratos. Mantithée ne parle point, il est vrai, d'un semblable divorce, mais son intérêt était de le passer sous silence, car le divorce supposait la dissolution du mariage préexistant et, par suite, entraînait la légitimité des enfants nés de la première union. Ce divorce a pu, du reste, passer facilement inaperçu grâce à la simplicité des formes de la répudiation. Mantithée nous dit, sans doute, que les rapports de Mantias avec Plangon duraient encore après le décès de sa mère, au moment de la mort de Mantias lui-même. Mais il n'y a rien d'étonnant à ce que Mantias ait renoué, après le décès de sa première femme, des relations qui existaient avant son second mariage et qui s'expliquent par les séductions de Plangon. On peut, dans cette hypothèse, comprendre pourquoi Bœotos et Pamphilos se rendaient d'abord aux danses de la tribu Hippothoontide, qui était celle de leur mère, dont ils avaient naturellement suivi

(1) Dans le second plaidoyer (§ 51), il parle du grand train de Plangon et nous la montre abusant de la passion de Mantias pour exiger de lui de grandes dépenses. Dans le premier plaidoyer (§ 26), au contraire, Mantithée se demande comment, si Mantias avait entretenu un double ménage, il aurait pu laisser de l'argent comptant.

le sort, après son divorce, puisqu'ils n'étaient pas encore reconnus par Mantias.

Bien que cette interprétation soit assez séduisante, nous penchons plutôt pour celle d'après laquelle le mariage de Plangon a suivi l'union de Mantias avec la fille de Polyaratos. L'hypothèse contraire paraît, en effet, trop compliquée. Elle suppose, ce qui n'est nullement établi, que les relations de Plangon avec Mantias étaient antérieures au mariage de celui-ci avec la mère de Mantithée. Or, tout ce que dit ce dernier, à propos de ces relations, c'est qu'elles avaient commencé avant le décès de sa mère et qu'elles avaient continué depuis [1]. Mais il ne les place nullement à une époque antérieure au mariage de sa mère. Il est probable que Mantias, emporté par sa passion, a voulu régulariser, après le décès de sa première femme, une situation fausse en épousant Plangon. L'interprétation que nous repoussons encourt également le reproche de supposer un divorce auquel il n'est pas fait la moindre allusion dans les deux plaidoyers contre Bœotos. On peut, par contre, tirer en faveur de notre manière de voir, un argument très sérieux du procès sur la dot de Plangon. Si le mariage de Plangon avait été dissous antérieurement à celui de Mantias avec la fille de Polyaratos, Mantithée n'aurait pas manqué, pour combattre l'argumentation de son adversaire en ce qui concerne la dot de Plangon, de lui demander pourquoi il n'avait pas réclamé plus tôt une dot dont le divorce aurait nécessité la restitution et pourquoi il aurait attendu le décès de Mantias pour formuler ses réclamations à cet égard. Nous ajouterons, en ce sens, que l'intrigue ourdie par Plangon et ses fils pour faire reconnaître ceux-ci par Mantias, s'agite peu de temps avant la mort de ce dernier, puisque Mantias décède avant d'avoir pu procéder à l'inscription de Bœotos

(1) Or. II, § 27. V. *suprà*, p. 46, note 2.

et de Pamphilos sur les registres du dème [1]. Or, si Plangon avait été la première femme de Mantias, il est probable qu'elle n'aurait pas attendu si longtemps pour agir. La seule objection sérieuse que l'on puisse faire à cette manière de voir, c'est que Bœotos est vraisemblablement l'aîné de Mantithée, puisque celui-ci a succombé sur la question de nom. Ce n'est là toutefois qu'une supposition, contre laquelle proteste Mantithée [2]. On peut, du reste, très bien admettre que Bœotos soit l'aîné, sans être forcé pour cela de placer le mariage de Plangon avant celui de la fille de Polyaratos, car les relations de Mantias avec Plangon avaient commencé pendant le mariage de celui-ci avec la mère de Mantithée, et, dès lors, Bœotos a pu naître avant son adversaire. Si l'on part alors de cette idée que Bœotos est l'aîné, il faut voir dans la reconnaissance par Mantias des enfants de Plangon, à la suite du serment prêté par celle-ci, une sorte de légitimation par voie d'adoption, hypothèse qui viendrait alors justifier les expressions employées par Mantithée pour désigner cette reconnaissance [3].

Quelle que soit d'ailleurs la conclusion à laquelle on s'arrête relativement à l'époque du mariage de Plangon, les divers arguments que nous avons exposés pour établir le caractère de l'union de Plangon avec Mantias nous conduisent à écarter sans hésitation l'opinion de Buermann [4] qui voit dans cette union un concubinat légitime et non un mariage. Rien, dans les termes ni dans le fond des plaidoyers

(1) Or. I, § 5.

(2) Or. I, § 27.

(3) Mantithée se sert, en effet, des expressions ποιεῖσθαι (Or. I, §§ 4, 6, 18, 29, etc.) et ποίησις (Or. I, § 20) qui sont également usitées pour désigner le fait d'adopter et l'adoption. V. Meier, Schömann et Lipsius, p. 541. — En tous cas, ainsi que l'observe Lipsius (sur Meier et Schömann, p. 531, note 140), l'emploi de ces expressions prouve que, dans la pensée de l'orateur, les νόθοι *ex concubina cive* ne peuvent acquérir la plénitude des droits de filiation qu'au moyen d'une semblable ποίησις, et c'est là une objection très sérieuse contre la théorie de Buermann sur le concubinat légitime.

(4) *Loc. cit.*, p. 574 et s.

qui nous occupent, ne fait supposer que les deux unions contractées par Mantias aient été d'une nature différente [1], et s'il fallait admettre la bigamie de Mantias, nous pencherions plutôt, avec Hruza, pour la bigamie légale que pour le prétendu concubinat légitime.

On a voulu trouver un second cas de bigamie, plus certain encore que celui dont nous venons de parler, dans le plaidoyer d'Isée concernant la succession de Philoctémon [2]. Ce plaidoyer présente, d'ailleurs, un grand intérêt à d'autres points de vue, car il a servi, comme les discours contre Bœotos, à justifier, d'une part, la théorie du concubinat légitime, d'autre part, celle de la légitimation des enfants naturels.

Voici les faits dont parle Isée dans son plaidoyer. Euctémon, père de plusieurs enfants qu'il avait eus de son mariage avec la fille de Mixiade, s'éprit, dans sa vieillesse, d'une affranchie nommée Alké. Celle-ci lui persuada d'introduire dans sa phratrie, en l'y présentant comme son fils, un enfant qu'elle avait eu, selon toute probabilité, d'un affranchi du nom de Dion. Mais Philoctémon, l'aîné des enfants légitimes d'Euctémon, s'opposant à cette introduction, et ayant décidé les phratores à s'y refuser, Euctémon, pour vaincre la résistance de Philoctémon, ἐγγυᾶται la sœur de Démocrate afin d'introduire dans sa maison les enfants qu'il aurait d'elle [3]. Philoctémon, craignant de voir sa part héré-

(1) Le principal argument tiré par Buermann des plaidoyers contre Bœotos parait fondé sur l'expression ἑτέρα γυνή dont se sert Mantithée pour désigner Plangon. Mais, à nos yeux, cet argument ne prouve rien. Il n'y a pas de raison, si l'on admet la théorie du concubinat légitime, pour attribuer la qualité d'épouse à la fille de Polyaratos plutôt qu'à Plangon, en réservant à celle-ci le rôle de concubine, car toutes les suppositions reposent sur un plaidoyer assez confus et embrouillé auquel on ne saurait accorder une grande autorité.

(2) Reiske, *Orat. att.*, VII, p. 157 ; Hruza, I, p. 27 et II, p. 44. — Cf. Meier et Schömann, 1re éd., p. 406, note 86 ; Gilbert, I, p. 513.

(3) *De Philoct. her.*, § 22 : Ὡς ἐκ ταύτης παῖδας ἀποφανῶν καὶ εἰσποιήσων εἰς τὸν οἶκον.

ditaire ainsi réduite, renonce, sur le conseil de ses parents, à son opposition et consent à l'introduction de l'enfant dans la phratrie, mais sous la condition que celui-ci ne prendra dans la succession paternelle qu'un seul fonds de terre. Par contre, Euctémon renonce à son second mariage [1].

Telles sont les circonstances rapportées par Isée. On a fait alors le raisonnement suivant : à l'époque où les faits se sont passés, Euctémon était uni en légitime mariage avec la fille de Mixiade, et ce mariage n'était point dissous. La preuve en est qu'à la mort d'Euctémon, la mère de Philoctémon (fille de Mixiade) est encore désignée et traitée comme son épouse [2]. C'est donc qu'Euctémon a été réellement bigame. Peu importe qu'il ait renoncé à son deuxième mariage quand les phratores ont consenti à recevoir l'enfant d'Alké, car il n'en avait pas moins, pendant un certain temps, été marié simultanément à la fille de Mixiade et à la sœur de Démocrate. Du moment donc qu'il y a eu engyésis avec cette dernière, il y a eu par cela même bigamie de la part d'Euctémon, puisque l'engyésis suffit pour former le mariage et qu'il n'est parlé nulle part de la dissolution par le divorce du précédent mariage d'Euctémon avec la fille de Mixiade.

A notre avis, les faits rapportés dans le plaidoyer d'Isée ne supposent point la bigamie d'Euctémon, et il est facile de les interpréter autrement. En effet, comme Luzac [3] l'a très bien démontré, il est fort probable qu'à l'époque où Euctémon a voulu introduire dans sa phratrie le fils d'Alké, il avait divorcé avec la fille de Mixiade. Il est bien difficile d'expliquer autrement sa conduite, et, en admettant qu'il n'ait pas renvoyé sa femme du domicile conjugal, c'est lui qui, en tous cas, l'a complètement abandonnée pour aller

(1) Cf. pour l'exposé des faits sur lesquels porte ce plaidoyer, Moy, p. 202 et s.

(2) V. §§ 29 et 30 où elle est traitée de γυνή.

(3) *De Digamia Socratis, Lectiones atticæ*, p. 60.

vivre avec Alké [1]. Si l'orateur ne parle point en termes formels de ce divorce, il le laisse clairement entendre en exposant la séparation de fait qui existait entre Euctémon et sa femme. De plus, le client d'Isée, dont le but était de persuader aux juges que l'enfant d'Alké, présenté par ses adversaires comme né d'un légitime mariage contracté par Euctémon, après la dissolution du premier, avec une femme nommée Callipe, n'avait aucun intérêt à parler de ce divorce. Si, en effet, il y avait fait allusion, les juges auraient pu être amenés à admettre plus facilement que la seconde épouse attribuée à Euctémon avait donné le jour à l'enfant dont il s'agissait. On ne comprend guère, enfin, comment les adversaires d'Isée auraient pu parler du second mariage contracté avec Callipe et des enfants nés de cette femme, si le divorce d'Euctémon avec sa première femme n'avait point été un fait constant. Si ce divorce n'avait pas eu lieu, le client d'Isée n'aurait pas négligé de reprocher à ses adversaires leur imprudence à vouloir prétendre qu'il avait épousé Callipe sans répudier préalablement la fille de Mixiade [2]. Au sur-

(1) § 21 : Τελευτῶν παντελῶς διῃτᾶτο ἐκεῖ, c'est-à-dire chez l'affranchie Alké. — Luzac dit, à ce sujet: « Nihil fateor, de divortio, in oratione Isæi reperitur, neque vero id ad causam pertinebat : sed res ipsa clamat. Quum, ætate licet provectior, Euctemon, primum, per speciem mercedis pro locata domo exigendæ tabernam Alces, quam mulierem ipse meretrici amoris causa emerat Dioniique cuidam collocaverat, quotidie frequentaret, mox ibi pranderet, cœnaret, totasque dies consideret, graves illi cum uxore, cum liberis exortæ sunt discordiæ et rixæ. Tandem in apertum discidium atque adeo in divortium res abiisse videtur, quod tamen divortium ille, qui insaniam Euctemonis συμφορὰν modo vocaverat, boni ominis causa atque per urbanitatem illam, ingenio attico propriam, silentio premit aut tectis tantum verbis significat. » Cf. Schömann, sur Isée, p. 334. — Il résulte, d'autre part, des §§ 39-41 du plaidoyer, qu'au moment de sa mort Euctémon vivait séparé de sa femme et de ses filles légitimes.

(2) Zimmermann, p. 17. — Cet auteur se prévaut, en ce sens, du § 11, où il est dit : ὅτι δ' ἄλλην τινὰ ἔγημε γυναῖκα ἐξ ἧστινος οἵδε αὐτῷ ἐγένοντο, οὐδεὶς τὸ παράπαν οἶδεν οὐδ' ἤκουσε πώποτε ζῶντος Εὐκτήμονος. « Quæ verba, dit-il, uxori repudio non dicto fieri non potuerunt, immo si matrimonium solutum non esset, hoc fere modo oratori colligendum erat : Euctemonem cum alia muliere sponsalia non fecisse, vel inde apparet, quod usque ad diem supremum legitima sua

plus, à supposer que le divorce n'eût pas encore été accompli au moment où Euctémon a procédé à son engyésis avec la sœur de Démocrate, ce divorce, eu égard au caractère de la répudiation dans le droit attique, et à l'absence de toute formalité pour l'ἀποπομπή [1], a très bien pu résulter tacitement du seul fait de l'engyésis avec une autre femme, étant donnés surtout les mauvais rapports qui existaient entre Euctémon et la mère de Philoctémon. Si donc, comme c'est à peu près certain, le mariage d'Euctémon avec cette dernière était dissous par le divorce lors de son engyésis avec la sœur de Démocrate, Euctémon n'a point été bigame [2].

Il faut observer, en outre, que le second mariage a été moins un fait accompli qu'une menace suspendue sur la tête de Philoctémon pour vaincre la résistance de celui-ci à l'introduction dans la phratrie de l'enfant d'Alké. Il y a bien eu engyésis, mais à supposer, ce qui est d'ailleurs controversé, que cet acte suffise pour la formation du mariage, il n'y a point eu cependant γάμος, consommation du mariage [3]. Lorsqu'en effet Philoctémon se fut désisté de son opposition, Euctémon renonça de son côté à ce qui était encore plutôt un projet qu'un fait accompli, et les termes mêmes dont se sert Isée pour parler de cette renonciation de la part d'Euctémon, montrent qu'à ses yeux il n'avait pas existé un véritable mariage entre ce dernier et la sœur de Démocrate [4].

uxore usus est. Sed nihil ejus modi dicitur (Cf. § 64). »— Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 502, note 64.

(1) V. *infra*, tit. II, ch. I, sect. V.

(2) Buermann (p. 592), afin d'établir la possibilité pour Euctémon d'être engagé simultanément dans les liens d'une double union (mariage et concubinat légitime, suivant cet auteur), se fonde sur le mode d'argumentation d'Isée au § 11. L'orateur, dit-il, sans contester *a priori* l'impossibilité d'une double union légitime, allègue seulement, en fait, que personne n'a entendu parler de la seconde union d'Euctémon. Mais cet argument de Buermann est sans valeur si l'on admet le divorce d'Euctémon et de la mère de Philoctémon.

(3) Le γάμος, suivant Gilbert (I, p. 512) aurait entraîné la dissolution du premier mariage d'Euctémon.

(4) § 24 : ἀπηλλάγη τῆς γυναικὸς ὁ Εὐκτήμων. Le mot ἀπηλλάγη montre qu'il

Buermann [1], sans admettre la bigamie d'Euctémon, en ce sens que celui-ci aurait eu simultanément deux épouses légitimes, enseigne qu'Euctémon, tout en conservant sa première femme, fille de Mixiade, avait voulu prendre la sœur de Démocrate comme concubine légitime, au moyen d'une engyésis, et afin d'avoir d'elle des enfants légitimes. Sans doute, si l'on admet la théorie du concubinat légitime, cette union, bien qu'inférieure au mariage, aurait suffi à Euctémon pour atteindre le but qu'il poursuivait, c'est-à-dire pour effrayer Philoctémon par la perspective d'avoir à partager la succession paternelle avec d'autres enfants légitimes nés de la nouvelle union. Mais alors il serait singulier que l'orateur n'y eût pas fait la moindre allusion et qu'il eût employé, au contraire, des expressions de nature à témoigner que l'intention d'Euctémon était de prendre non point une concubine, mais une épouse [2]. Il ne faut donc pas plus songer à voir dans notre plaidoyer un cas de concubinat légitime [3] qu'un cas de bigamie.

Le troisième cas de bigamie dont les plaidoyers des orateurs athéniens fournirait la preuve, serait celui dont parle

s'agit simplement du renvoi de la sœur de Démocrate et non d'un divorce mettant fin à un véritable mariage, car s'il y avait eu divorce, l'orateur aurait employé l'expression consacrée ἀπέπεμψε τὴν γυναῖκα. Gilbert, I, p. 513. — Isée dit ensuite, il est vrai, en parlant d'Euctémon : καὶ ἐπεδε.ξατο ὅτι οὐ παίδων ἕνεκα, ἀλλ' ἵνα τοῦτον εἰσαγάγοι. Mais cela peut signifier seulement qu'en agissant ainsi Euctémon montrait qu'il *voulait l'épouser* non pour en avoir des enfants, mais pour pouvoir introduire dans la phratrie l'enfant d'Alké.

(1) *Loc. cit.*, p. 571 et s.

(2) § 24 : ὁ Εὐκτήμων καὶ ἐπεδείξατο ὅτι οὐ παίδων ἕνεκα ἐγάμει, ἀλλ' ἵνα τοῦτον εἰσαγάγοι. § 25 : τί γὰρ ἔδει αὐτὸν γαμεῖν, ὦ 'Ανδρόκλεις, εἴπερ οἵδε ἦσαν ἐξ αὐτοῦ καὶ γυναικὸς ἀστῆς, ὡς σὺ μεμαρτύρηκας. Il résulte manifestement de ces passages qu'Euctémon, s'il n'a point réellement procédé au γάμος, et cela par suite du désistement de Philoctémon, avait du moins l'intention de le faire. Or, d'après Buermann (p. 574), le γά ος est le signe caractéristique du mariage et qui sert à le distinguer du concubinat légitime. Donc, ou bien il y a contradiction dans l'argumentation de Buermann, ou bien cet auteur doit renoncer à voir une application de sa théorie dans le plaidoyer d'Isée.

(3) Hruza, I, p. 28, 29 ; Zimmermann, p. 18 ; Gilbert, I, p. 210 et 512.

Andocide à propos de Callias [1]. Les faits rapportés par cet orateur sont les suivants. Un nommé Callias avait épousé la fille d'Ischomaque. Puis, pour citer les termes mêmes d'Andocide, ταύτῃ δὲ συνοικήσας οὐδ'ἐνιαυτὸν τὴν μητέρα αὐτῆς ἔλαβε, καὶ συνῴκει ὁ πάντων σχετλιώτατος ἀνθρώπων τῇ μητρὶ καὶ τῇ θυγατρί, ἱερεύς ὢν τῆς μητρὸς καὶ τῆς θυγατρὸς, καὶ εἶχεν ἐν τῇ οἰκίᾳ ἀμφοτέρας καὶ οὗτος οὐκ ᾐσχύνθη οὐδ' ἔδεισε τὼ θεώ. La fille, préférant la mort à une telle situation, essaie de se suicider, puis divorce, ἀποδρᾶσα ἐκ τῆς οἰκίας ᾤχετο. Callias ayant, à son tour, assez de la mère nommée Chrysias, la renvoie (ἐξέβαλε). Mais celle-ci se prétend enceinte et met au monde un enfant que ses parents maternels demandent à Callias de présenter à la phratrie comme son fils. Mais Callias désavoue cet enfant en jurant qu'il n'est point de lui et, en conséquence, l'introduction dans la phratrie n'a point lieu. Callias, ayant plus tard renoué ses relations avec Chrysias, présente alors le même enfant à ses gennètes, en reconnaissant cette fois sa paternité, et, malgré l'objection tirée par Callidès de la contradiction que présentent les deux affirmations successives de Callias, l'enfant de Chrysias est admis dans la *gens*. Andocide rapporte, en outre, que ce même Callias, bien que cohabitant encore avec Chrysias (ταύτῃ δε συνοικῶν), voulait prendre pour femme la fille d'Epilykos (βούλεται τὴν 'Επιλύκου θυγατέρα λαβεῖν). Hruza [2] voit dans les faits qui précèdent un double cas de bigamie de la part de Callias, le premier absolument certain, celui de Chrysias, où l'inceste se joint même à la bigamie, et le second plus douteux, mais du moins en projet, celui de la fille d'Epilykos.

Nous estimons, au contraire, que l'on peut très bien interpréter le récit d'Andocide sans être obligé d'admettre la bigamie de Callias. En ce qui concerne d'abord le cas de la fille d'Epilykos, il faut observer, et Hruza lui-même est

(1) Andocide, *De mysteriis*, §§ 124 et s.
(2) II, p. 45.

obligé d'en convenir, que rien ne prouve que Callias ait contracté mariage avec cette femme alors qu'il cohabitait encore avec Chrysias. Les termes dont se sert l'orateur témoignent plutôt qu'il n'y a là qu'un simple projet non réalisé [1]. Hruza prétend néanmoins en tirer un argument en disant que le projet de Callias aurait très bien pu se réaliser si Andocide ne s'y était opposé. Mais il reste à savoir sous quelles conditions se serait opérée la nouvelle union de Callias avec la fille d'Epilykos, et si elle n'aurait pas supposé une nouvelle répudiation de Chrysias, répudiation d'autant plus facile que celle-ci était alors une vieille femme.

Quant à la prétendue bigamie doublée d'inceste, elle ne nous paraît nullement résulter du plaidoyer d'Andocide. On ne peut nier, sans doute, qu'après avoir épousé la fille d'Ischomaque, Callias ait reçu la mère de celle-ci dans la maison conjugale et entretenu des relations avec elle. Nous reconnaissons aussi que lorsqu'il a voulu introduire dans la phratrie l'enfant de Chrysias, Callias l'a présenté comme un enfant légitime [2], c'est-à-dire comme né d'une mère ἀστὴ καὶ ἐγγυητῇ [3], car les enfants nés *ex justis nuptiis* peuvent seuls être introduits dans la phratrie. Mais cela ne prouve pas nécessairement que Callias, s'il a été manifestement incestueux, ait été en même temps bigame. Andocide ne dit point, en effet, au § 124, que Callias a *épousé* Chrysias alors qu'il était encore uni en légitime mariage avec la fille d'Ischomaque, mais simplement qu'il a *pris*, ἔλαβε, Chrysias, expression qui semble plutôt se référer à des relations illégitimes qu'à une union légale. Au § 128, il est vrai, Ando-

(1) § 128 : βούλεται λαβεῖν. De même, au § 120, il est dit que Callias cherchait à obtenir de Léagros, moyennant une promesse d'argent, qu'il lui donnât en mariage la fille d'Epilykos : ταύτην Καλλίας ἔπεισε Λέαγρον, χρήματα ὑπισχνούμενος, ἐξὴν αὐτὸν λαβεῖν.

(2) § 127 : λαβόμενος τοῦ βωμοῦ ὤμοσεν ἦ μὴν τὸν παῖδα ἑαυτοῦ εἶναι γνήσιον ἐκ Χρυσιάδος γεγονότα.

(3) Cf. Démosthène, *Adv. Neær.*, § 60 ; Isée, *De Apollod. her.*, § 15.

cide dit de Callias : γυναῖκα τις γήμας ἐπήγημε τῇ θυγατρὶ τὴν μητέρα, d'où, nous l'admettons sans difficulté, il résulte bien que Callias a épousé successivement la fille et la mère. Mais ces deux mariages ont-ils existé simultanément ? Rien ne le prouve. Nous voyons, au contraire, qu'après sa tentative de suicide, la fille d'Ischomaque divorce avec Callias, et, selon nous, c'est après ce divorce seulement que Callias a dû épouser Chrysias, légitimant ainsi les relations nouées antérieurement et qui avaient déterminé la fille d'Ischomaque au divorce. C'est à ce remplacement de la fille par la mère qu'Andocide fait deux fois allusion en disant, aux §§ 125 et 128 : ἐξήλασεν ἡ μήτηρ τὴν θυγατέρα. On comprend alors qu'ayant épousé Chrysias, après son divorce avec la fille d'Ischomaque, Callias ait pu présenter à la phratrie comme γνήσιος, l'enfant de Chrysias après l'avoir désavoué une première fois, en raison probablement des doutes qu'il avait sur sa paternité.

Le dernier cas de bigamie que l'on a voulu tirer des plaidoyers des orateurs se rencontrerait dans le discours de Lysias sur les biens d'Aristophane. L'orateur y affirme que Conon et Nicophème, dont les fils habitaient Athènes, avaient l'un et l'autre une femme et un enfant dans l'île de Chypre [1]. Ce cas est encore moins décisif, à notre avis, que ceux précédemment examinés. Rien n'établit, en effet, qu'il s'agisse ici d'un cas de bigamie. Conon [2] et Nicophème pouvaient très bien, en effet, après s'être établis dans l'île de Chypre, avoir convolé régulièrement à de secondes noces, que leur

(1) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 36. — Cf. Platner, *Process*, II, p. 246, note. Cet auteur estime toutefois que la défense d'avoir plusieurs femmes ne s'appliquait qu'aux citoyennes athéniennes, et qu'il était permis d'avoir une femme à Athènes et une autre à l'étranger.

(2) Conon était l'ami in'ime d'Evagoras, roi d'une partie de l'île, ainsi que nous l'apprend Isocrate dans un éloge du prince cypriote : *Eloge d'Evagoras*, § 52.

premier mariage eût été dissous par la mort ou par le divorce [1].

On a voulu, d'autre part, fonder l'existence de la bigamie à Athènes non seulement sur les plaidoyers dont nous venons de parler, mais encore sur ce fait que deux des plus illustres Athéniens, Socrate et Euripide, auraient été bigames. Mais ce second mode de démonstration ne nous paraît pas plus solide que le premier. Sans doute, en ce qui concerne d'abord Socrate, son double mariage est attesté par de nombreuses autorités, non seulement par des auteurs païens, mais encore par des auteurs chrétiens [2]. Outre Myrto, fille d'Aristide le Juste, Socrate aurait eu en même temps pour épouse la fameuse Xanthippe, dont le nom est devenu proverbial. Mais la fausseté de cette assertion, qui avait déjà été prouvée autrefois par Panétius, l'a été de nouveau dans les temps modernes par Luzac [3], et il ne peut, à notre avis, y avoir le moindre doute à ce sujet. La bigamie de Socrate est, en effet, absolument incompatible avec le caractère du philosophe. D'un autre côté, on ne rencontre chez ses contemporains, pas plus parmi ses disciples ou amis que parmi ses adversaires, notamment chez les poètes comiques qui le poursuivaient de leurs railleries, aucune trace d'une semblable situation, qui cependant n'eût point manqué d'attirer l'attention. Ce sont des péripatéticiens, Satyre et Hiéronyme de Rhodes, hostiles au grand philosophe, qui ont lancé contre leur adversaire l'accusation de bigamie en s'appuyant sur un passage assez obscur du traité d'Aristote περὶ εὐγενείας. Quant au décret du peuple en faveur de la bigamie invoqué par Hiéronyme pour justifier

(1) Cf. Thonissen, p. 326 ; Buermann, p. 583, note.

(2) V. notamment : Plutarque, *Aristide*, c. 27 ; Diogène Laërce, II, c. 26 ; Athénée, XIII, c. 2 ; Cyrille d'Alexandrie, *C. Julian.*, VI, p. 186 ; Théodoret, *Car. gr. off.*, XII, p. 175. — V. les différents auteurs cités à ce sujet par Luzac, *De digamia Socratis*, p. 8 et s.

(3) *Loc. cit.*

son assertion, ou bien, comme nous le verrons, il n'a jamais existé, ou bien il a un autre sens. Sans insister davantage sur un point qui appartient plutôt, selon nous, à l'histoire de la philosophie qu'à l'histoire du droit, nous tiendrons pour une fable la prétendue bigamie de Socrate. La seule question qui puisse se poser est celle de savoir si cette accusation repose sur quelque fait réel et comment on peut en expliquer l'origine. Sur ce point, les explications varient parmi les partisans de la monogamie de Socrate. Pour les uns, Myrto est la seconde femme du philosophe, tandis que pour d'autres, notamment pour Luzac, elle a été sa première femme, et c'est après sa mort que Socrate a épousé Xanthippe. Mais l'invraisemblance de ces deux hypothèses a été, à notre avis, très bien démontrée par Zeller [1], et nous estimons, avec cet auteur, que l'union de Socrate avec Myrto doit être entièrement reléguée parmi les fables, mais que ce conte peut néanmoins s'expliquer d'une manière assez plausible [2].

La bigamie d'Euripide n'est pas mieux établie. Aulu-Gelle, en effet, est le seul auteur qui en parle, et encore sans indiquer la source à laquelle il aurait puisé. Ce témoignage isolé ne saurait prévaloir contre le silence des contemporains du grand poète tragique, qui, dans leur empressement à le tourner en ridicule, n'auraient pas manqué de lui reprocher sa bigamie. Le double mariage d'Euripide paraît, du reste, *a priori*, peu vraisemblable, quand précisément celui qu'on accuse de bigamie était bien connu pour son antipathie pour les femmes, et avait même mérité pour ce motif,

(1) *La philosophie des Grecs* (trad. Boutroux), t. 3, p. 59 et s.

(2) V. en ce sens : Meier, Schömann et Lipsius, p. 502, note 64 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Bigamie*, p. 710 ; Hruza, II, p. 42, qui, tout en reconnaissant le caractère fabuleux de la bigamie de Socrate, y puise cependant un argument en faveur de sa théorie sur la bigamie athénienne. — Buermann (*loc. cit.*, p. 584) a essayé de rajeunir la thèse de la bigamie de Socrate en enseignant que le philosophe, s'il n'avait pas simultanément deux épouses, avait du moins à la fois une épouse et une concubine légitime. V. *infra*, p. 89.

l'épithète de μισογύνης. Cette bigamie est, en outre, peu conciliable avec les beaux sentiments exprimés par le poète dans Andromaque, lorsqu'il dit : « Jamais je n'approuverai qu'un homme partage son amour entre deux femmes, et qu'il y ait dans une même maison des enfants nés de deux mères épouses à la fois [1]. » Nous observerons enfin que le texte d'Aulu-Gelle sur lequel on a voulu fonder la bigamie d'Euripide, présente, par la manière même dont il est rédigé (*sive-sive*), comme une simple hypothèse le double mariage du poète [2]. L'exemple d'Euripide doit donc être écarté comme celui de Socrate [3].

Pour établir la possibilité de la bigamie à Athènes, on a, d'autre part, fait valoir la considération suivante. Si, a-t-on dit, la bigamie était interdite, les mariages contractés contrairement la prohibition de la loi devraient être nuls et traités comme tels, et les enfants nés d'une union réprouvée par la loi devraient être réputés illégitimes, νόθοι. De plus, ceux qui se trouvaient ainsi engagés dans les liens d'un double mariage condamné par les mœurs ainsi que par la loi, devraient être l'objet d'un blâme sévère. Or, on voit qu'il n'en est rien, soit que l'on se réfère aux plaidoyers des orateurs, soit que l'on consulte les comédies qui reflétaient les mœurs du temps [4].

Ainsi d'abord, si l'on prend le plaidoyer d'Andocide sur les mystères, on y voit que l'orateur ne met nullement en doute la validité du mariage de Callias avec Chrysias, bien

(1) *Androm.*, v. 464 et s. — Cf. v. 177 : οὐ γὰρ καλὸν δυοῖν γυναικοῖν ἄνδρ' ἕν' ἡνίας ἔχειν.

(2) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XV, c. 20 : « Mulieres fere omnes in majorem modum exosus fuisse (Euripides) dicitur, sive quod natura abhorruit a mulierum cœtu, sive quod duas simul uxores habuerit, quum id decreto ab Atheniensibus facto jus esset, quarum matrimonio pertædebat. »

(3) Luzac, p. 52 ; Van den Es, p. 2 ; Caillemer, *loc. cit.*; Hruza, II p. 43-44.— Buermann (*loc. cit.*, p. 595), renonce également à placer Euripide à côte de Socrate comme pratiquant le concubinat légitime.

(4) Hruza, II, p. 47 et s.

que ce soit une union bigamique. Il n'exprime ni étonnement, ni blâme que Callias et les gennètes traitent comme γνήσιος l'enfant issu d'une semblable union, et aucune objection n'est soulevée contre la légitimité de cet enfant. Si le double mariage avait été non point nul, mais seulement blâmé par l'opinion publique, quelle belle occasion pour Andocide d'en faire le thème de ses invectives contre son adversaire ! Loin de là, l'orateur se borne à critiquer l'inceste de Callias, mais sans dire un mot de sa bigamie. La même conclusion ressort du plaidoyer d'Isée sur la succession de Philoctémon. Si l'union bigamique était frappée de nullité et si les enfants qui en naissent étaient considérés comme illégitimes, tous les incidents de cette affaire seraient incompréhensibles. De même enfin, si l'on se réfère aux plaidoyers de Démosthène contre Bœotos, on ne comprendrait pas comment celui-ci, qui était l'aîné de Mantithée, n'aurait pas attaqué la légitimité de ce dernier en se prévalant du caractère bigamique de l'union de Mantias avec la mère de Mantithée, union postérieure à celle de Mantias avec Plangon, mère de Bœotos.

Une dernière preuve que la bigamie n'était point réprouvée par les mœurs se trouve dans la comédie de Térence intitulée *Phormion* et qui n'est qu'une imitation de l'ἐπιδικαζομένος d'Apollodore, auteur comique de la première moitié du IIIe siècle av. J.-C. On peut d'autant mieux se fier aux indications du poète latin qu'il place encore la scène de sa pièce à Athènes. Or, on y voit que Chrémès, citoyen athénien, avait en même temps deux épouses légitimes, l'une à Athènes, nommée Nausistrata, et une autre à Lemnos. Celle-ci est constamment désignée comme *uxor* [1], et sa fille considérée comme légitime [2], et tout donne lieu de croire qu'il

(1) V. 941 : « Hic quandam noram, quoius vir uxorem... Lemni habuit aliam. V. 1005 : (in Lemno) uxorem habuit. — V. 1040 : adeon indignum hoc tibi videtur, filius homo adolescens si habet unam amicam, tu uxores duas.

(2) Elle est nommée *filia*, ou *gnata* : V. 568, 749 et s., 873 et s.

s'agit d'un véritable mariage. Chrémès, il est vrai, s'efforce de tenir secrète l'union qu'il a contractée à Lemnos, mais c'est uniquement en raison de la terreur que lui inspire sa femme Nausistrata et non par crainte de voir son mariage de Lemnos annulé par la justice [1]. Chrémès est donc bien engagé simultanément dans les liens d'un double mariage et, pour l'auteur comme pour le public devant qui se jouait la pièce d'Apollodore, la validité du mariage de Lemnos ne fait pas de doute [2].

Il est facile, après les explications que nous avons déjà données sur l'interprétation des plaidoyers d'Andocide, d'Isée et de Démosthène, de répondre aux arguments qu'on en a tirés pour dire que l'union bigamique n'était ni annulée par la loi, ni réprouvée par les mœurs. En ce qui concerne d'abord le plaidoyer d'Andocide, nous avons établi que les deux mariages de Callias avec la fille d'Ischomaque et avec Chrysias ont été successifs et non point simultanés. Il n'y a donc rien d'étonnant que la validité de son mariage avec Chrysias ne fasse aucun doute et que l'on considère, sans aucune difficulté, comme γνήσιος l'enfant issu de cette union. De même, pour le cas d'Euctémon, nous avons démontré que celui-ci n'a jamais été bigame. Pareillement enfin, pour le cas de Mantithée, nous avons admis que Mantias n'a point été simultanément le mari de Plangon et de la mère de Mantithée. Il est donc tout naturel que la légitimité de ce dernier n'ait jamais été mise en doute par ses adversaires.

On ne peut davantage, à notre avis, trouver dans la comédie de Térence une preuve du caractère licite de la bigamie.

(1) V. 585 : Vereor ne uxor aliqua hoc resciscat mea, quod si fit, ut me excutiam atque egrediar domo.— V. 744 : Conclusam hic habeo uxorem sævam, verum istoc me nomine eo perperam olim dixi, ne vos forte imprudentes foris effutiretis, atque id porro aliqua uxor mea resciseeret.

(2) C'est aussi à peu près la conclusion de Buermann (p. 582). Il admet la légitimité de la fille que Chrémès a eue à Lemnos, et, par suite, l'ἐγγύησις de Chrémès avec sa mère. Il ne voit point cependant dans l'union de Lemnos un véritable mariage, mais seulement un concubinat légitime. V. *infrà*, p. 90.

Il n'est pas sûr, d'abord, *a priori*, d'argumenter d'une comédie écrite en latin, à une époque relativement récente et qui est plutôt un arrangement qu'une traduction de la pièce originale d'Apollodore. Si, d'ailleurs, on se reporte à la comédie de Térence, la situation de Chrémès n'apparaît point telle qu'on la dépeint. Lorsqu'en effet, Nausistrata est mise au courant de la conduite de son mari par le parasite Phormion, Chrémès est loin de prendre l'attitude qu'il aurait eue si la bigamie avait été autorisée par les lois. Au lieu de répondre aux reproches de Nausistrata en disant que, puisqu'il est permis d'être bigame à Athènes, à plus forte raison a-t-il la faculté d'avoir une seconde femme à Lemnos, il tremble devant sa femme, avoue sa faute, et son frère Démiphon intercède pour lui auprès de l'épouse courroucée. Si Chrémès avait été dans son droit, au lieu de laisser son frère plaider les circonstances atténuantes [1], et dire de lui à Nausistrata : *orat, confitetur, purgat, quid vis amplius* [2] ? il n'aurait pas manqué de répondre aux reproches de sa femme [3], en se prévalant de la loi ou de la coutume qui aurait justifié sa manière d'agir. Son attitude, au contraire, est uniquement celle d'un mari qui a trompé sa femme avec une maîtresse. De plus, le fait par Chrémès de tenir secrète à Athènes son union de Lemnos et de s'être présenté dans cette dernière ville sous un faux nom, celui de Stilpo, montre bien à quelles critiques sa conduite l'exposerait lorsqu'elle serait connue, et ses procédés ne sont nullement ceux d'un homme qui est ou se croit dans son droit. L'autorité du comique latin est, du reste, ici d'autant plus contestable qu'il semble ignorer que Chrémès, par le seul fait

(1) Acte V, scène 9 : *Nam neque negligentia tua, neque odio id fecit tuo,*
Vinolentus, fere abhinc annos quindecim, mulierculam
Eam compressit.

(2) *Ibid.*

(3) *Facinus indignum et malum*, dit Nausistrata (*ibid.*) en parlant de la conduite de son mari.

de son mariage avec une étrangère, encourait, du moins dans l'opinion générale, une amende de mille drachmes [1]. Il faut donc renoncer à voir dans la comédie de Térence une preuve à l'appui de la bigamie attique. L'argument tiré du Phormion serait, du reste, facilement combattu à l'aide d'autres comédies de Plaute où sont également représentées des scènes de la vie athénienne. Dans plusieurs de ces pièces, comme la *Cistellaria*, l'*Epidicus*, où l'auteur met en scène des filles issues des unions secrètes d'un citoyen d'Athènes, jamais il n'essaie de réhabiliter ces unions clandestines et de les comparer au mariage légal, et l'on n'y trouve pas un seul mot qui fasse allusion à la faculté qu'aurait eue un Athénien d'avoir en même temps deux femmes légitimes. De plus, l'intrigue du *Mercator* est absolument incompatible avec la théorie de la bigamie ou même avec celle du concubinat légitime, et l'on ne comprendrait point les expressions *noxia*, *delictum* appliquées au mari coupable, si celui-ci avait eu le droit d'avoir simultanément deux épouses. L'indignation de la femme légitime et ses menaces de divorce sont également incompréhensibles si le mari, en entretenant une autre femme, n'avait fait qu'user d'une faculté reconnue par la loi [2].

Il nous reste, pour terminer l'exposé des diverses preuves à l'aide desquelles on a voulu justifier la théorie de la bigamie athénienne, à parler d'une loi qui aurait été votée au temps de la guerre du Peloponèse pour remédier à la dépopulation causée par la guerre et par la peste, et qui aurait autorisé la bigamie ou tout au moins le concubinat légitime. L'existence de cette loi est attestée par Diogène Laërce [3], Athénée [4] et Aulu-Gelle [5]. Les deux premiers en parlent à

(1) Cf. Démosthène, *in Neæram*, § 16.
(2) Cf. Luzac, p. 61-62.
(3) II, 26.
(3) XIII, 2, p. 556, a.
(5) *Noct. att.* XV, 20.

propos des deux femmes de Socrate, le dernier à l'occasion de la bigamie d'Euripide. Diogène Laërce s'exprime ainsi : φασὶ γὰρ (c'est-à-dire Satyre et Hiéronyme de Rhodes) βουληθέντας Ἀθηναίους διὰ τὸ λειπανδρεῖν συναυξῆσαι τὸ πλῆθος ψηφίσασθαι, γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν, παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας. La version d'Athénée est différente : εἰ μὴ ἄρα συγκεχρωμένον κατὰ ψήφισμα τοῦτο ἐγένετο τότε (c'est-à-dire à l'époque de Socrate) διὰ σπάνιν ἀνθρώπων ὥστ' ἐξεῖναι καὶ δύο ἔχειν γυναῖκας τὸν βουλόμενον παρέθετο δὲ τὸ περὶ τῶν γυναικῶν ψήφισμα Ἱερώνυμος ὁ Ῥόδιος, ὅπερ σοι διαπέμψομαι εὐπορήσας τοῦ βιβλίου. Quant à Aulu-Gelle, il dit, en parlant d'Euripide : « *sive qûod duas simul uxores habuerat, quum id decreto ab Atheniensibus facto jus esset.* »

Les deux textes grecs précités sont loin d'avoir la même portée. Celui de Diogène Laërce, ne permet littéralement qu'une femme légitime ; ce qui est permis avec l'autre femme, c'est d'avoir des enfants, παιδοποιεῖσθαι, sans qu'il soit question d'un autre mariage, ni par conséquent, de bigamie légale [1]. Le texte d'Athénée (traduit par Aulu-Gelle) semble, au contraire, autoriser expressément la bigamie, δύο ἔχειν γυναῖκας. Ces deux textes sont cependant, d'après leurs auteurs, empruntés à une même source, à savoir à Hiéronyme de Rhodes. Or, cette divergence est, *a priori*, une raison sérieuse de suspecter leur authenticité. Une autre raison non moins grave, c'est qu'on ne voit cette prétendue loi sur la bigamie mentionnée que par deux péripatéticiens, Satyre et Hiéronyme, à l'appui de leurs accusations contre la bigamie de Socrate, tandis que des historiens éminents comme

(1) Hruza (II, p. 53) observe à ce sujet, que la disposition du décret, tel que le rapporte Diogène Laërce, n'a pas de sens, qu'on la considère comme une permission ou comme un ordre. Si, en effet, l'ἑτέρα est une citoyenne ou une femme libre, il y aurait là une autorisation du stuprum qui ne serait guère convenable ; si l'on a songé à une femme non libre, la permission légale serait tout-à-fait superflue. Il est singulier, d'ailleurs, que Diogène Laërce se serve d'un pareil décret pour justifier ses assertions sur la bigamie de Socrate, attendu que le décret dit expressément, γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν et que Diogène Laërce parle toujours du double mariage de Socrate.

Xénophon, Thucidyde et Diodore de Sicile qui nous ont raconté tous les détails de la guerre du Péloponèse et tous les évènements qui se sont passés à Athènes à cette occasion, ne font aucune allusion à une semblable loi. Cependant une loi aussi extraordinaire n'aurait pas manqué d'attirer leur attention aussi bien que les lois relatives à la concession du droit de cité dont ils font mention. Si, d'autre part, la loi sur la bigamie a été réellement édictée, elle n'a dû être cependant qu'une loi de circonstance et temporaire, et il est probable qu'elle n'a pas dû demeurer en vigueur longtemps après la guerre du Péloponèse. Néanmoins aucun écrivain, historien, orateur ni poète, ne fait mention de son abrogation. Enfin le motif même donné par Diogène Laërce à la loi, et qui est tiré de la dépopulation d'Athènes à l'époque de la guerre du Péloponèse, est tout-à-fait insuffisant pour justifier la mesure édictée. Il y avait, en effet, d'autres mesures à prendre que d'autoriser la bigamie légale pour remédier à cette dépopulation et assurer le repeuplement de la cité.

Il y a donc lieu, suivant nous, de reléguer dans le domaine de la fable la prétendue loi sur la bigamie aussi bien que le double mariage de Socrate à l'occasion duquel il en est fait mention. Ce sont, du reste, les accusations lancées par les péripatéticiens contre le grand philosophe qui ont été l'origine même de cette loi. Comme l'observe très justement Hruza [1], la version d'Hiéronyme, d'après laquelle Socrate était marié simultanément à Myrto et à Xanthippe, avait besoin d'une justification vis-à-vis des doctrines d'Aristote sur l'essence du mariage. Or, cette justification était trouvée si l'on établissait que la bigamie était autrefois permise, en général, à Athènes, et que, d'autre part, d'après les lois de Dracon, la παλλακὴ que l'on avait ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν [2] était

(1) II, p. 54.
(2) IV, Démosthènes, *C. Aristocr.*, § 53; Lysias, *De cæde Erat.*, § 30. Hruza

mise sur le même pied que l'épouse légitime, δάμαρ, en cas d'adultère, et qu'ainsi il était permis en même temps de γαμεῖν et de παιδοποιεῖσθαι ἐξ ἑτέρας γυναικός. Etant alors admis que les mœurs et les lois étaient, à Athènes, beaucoup plus libres que ne le comportaient les doctrines d'Aristote, la bigamie de Socrate ne pouvait plus soulever d'objections sérieuses [1].

Si, comme nous avons essayé de le démontrer, la théorie de la bigamie athénienne ne peut se fonder ni sur les plaidoyers des orateurs, ni sur la prétendue loi de bigamie, peut-elle du moins se justifier par d'autres considérations plus ou moins sérieuses? Nous ne le pensons pas davantage. On a allégué l'existence certaine de la polygamie chez des peuples voisins de la Grèce, et l'on a dit qu'il serait étonnant que les Grecs, et surtout les Athéniens, fussent restés étrangers à une institution qu'ils voyaient pratiquer dans des pays avec lesquels leur commerce les mettait en relations constantes. Nous répondrons que la monogamie peut très bien, au contraire, avoir été un des caractères distinctifs du droit grec, incontestablement supérieur à celui des Thraces, des Cariens ou des Lydiens, par exemple, et nous avons vu qu'en ce qui concerne précisément le mariage, Athénée [2],

(II, p. 55, note 72) remarque que ces termes de la loi de Dracon servent à expliquer la fabrication de la prétendue loi sur la bigamie. En effet, aux expressions δάμαρ et παλλακὴ ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν de la loi de Dracon correspondent exactement celles de γαμεῖν et de παιδοποιεῖσθαι de la loi sur la bigamie.

(1) V. en ce sens : Luzac, p. 65 et s. Cf. Van den Es, p. 4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 502, note 64. Buermann, qui se prononce, au contraire, pour l'authenticité de la loi en question, en fait un des fondements de sa théorie du concubinat légitime. V. *infra*, p. 89 et s. Suivant Gide (*Condition de la femme*, p. 77) cette loi signifierait qu'un citoyen pouvait légitimer les enfants qu'il aurait eus d'une concubine, à la seule condition que celle-ci fût Athénienne et non point étrangère. D'après le même auteur (p. 82), toute la différence entre la monogamie de la Grèce et la polygamie de l'Orient, se réduit à ceci, c'est qu'en Asie les enfants de la concubine sont de plein droit membres de la famille, tandis qu'à Athènes ils ne peuvent y entrer que par le bénéfice d'une légitimation, qui, d'ailleurs, dépend entièrement de la volonté de leur père.

(2) XIII, c. 3. V. *supra*, p. 42, note 2.

qualifie de βαρβαρικὸν le principe polygamique, alors qu'il désigne l'union monogamique comme ἑλληνικὸν καὶ ἄμεινον.

On a dit, d'autre part, que le but du mariage, tel que le conçoivent les Athéniens, et qui est la procréation des enfants, est plutôt favorable à la polygamie qu'à la monogamie. Cela est vrai, mais il ne faut pas s'exagérer ce but. Ce que recherche un citoyen dans le mariage, c'est moins d'avoir beaucoup d'enfants que de s'assurer un continuateur de sa personne, de son culte, et, à cet effet, il lui suffit d'une seule épouse légitime. Aussi voyons-nous qu'à Rome, où la procréation des enfants, afin d'assurer la transmission des *sacra*, était également la principale fin du mariage, on n'a cependant jamais conçu la possibilité du mariage entre un homme et plusieurs femmes [1]. Que si l'épouse chargée de donner des enfants est stérile, le mari peut la répudier, à moins qu'il ne préfère recourir à l'adoption ; mais la bigamie ne lui est point indispensable.

On a encore invoqué, à l'appui de la théorie de la bigamie, l'impunité dont jouit à Athènes le mari lorsqu'il viole la foi conjugale. Mais précisément, à notre avis, cette liberté donnée au mari de satisfaire ses passions sans courir le moindre risque, sans même peut-être l'exposer au divorce par la volonté de sa femme, devait le détourner de la bigamie s'il n'avait aucune raison sérieuse d'introduire une nouvelle épouse dans la maison conjugale. Dans ce dernier cas, la facilité du divorce lui rendait encore la bigamie inutile.

La bigamie, par contre, nous paraît bien difficilement conciliable avec ce fait, attesté par Démosthène [2], qu'un citoyen déjà marié devait commencer par répudier sa femme lorsqu'il voulait, en qualité de plus proche parent, épou-

(1) Si loin que reportent en arrière les traditions romaines, on n'y voit apparaître aucune trace de polygamie. V. May, *Éléments de droit romain*, t. I, p. 118, note.

(2) *C. Eubulid.*, § 41.

ser une fille épiclère. Si évidemment la bigamie eût été possible, le parent qui se trouvait en pareille situation, y aurait recouru plutôt que de répudier une femme qu'il aimait peut-être et dont, en tout cas, la dot n'était pas à dédaigner [1]. On a objecté, il est vrai, que ce Protomaque, dont parle Démosthène, et qui a répudié sa femme pour épouser une riche épiclère, ne pouvait guère agir autrement sans s'exposer, de la part de sa nouvelle épouse, à une εἰσαγγελία κακώσεως, car l'épiclère n'aurait pas supporté la présence d'une rivale au foyer conjugal [2]. Cette objection ne nous touche pas, car il nous est impossible d'admettre que l'archonte ait pu voir une κάκωσις, de la part de Protomaque, dans ce qui n'aurait été que l'exercice d'un droit légitime, consacré par la loi et par les mœurs.

La bigamie, serait, en outre, contraire à l'idéal du mariage tel que nous le présentent les philosophes, non-seulement les péripatéticiens, mais encore Xénophon et Platon, disciples de Socrate, le prétendu bigame. Ainsi, dans son *Economique,* lorsqu'il nous fait assister à l'entretien d'Ischomaque et de sa jeune femme et qu'il nous introduit dans la famille athénienne au moment où la nouvelle épouse va prendre possession de sa royauté domestique, Xénophon ne suppose point qu'elle puisse jamais être appelée à la partager avec une autre épouse. De plus, la définition même qu'il donne du mariage, ζεῦγος ὃ καλεῖται θῆλυ καὶ ἄῤῥεν [3], est incompatible avec l'idée de bigamie. Platon, d'autre part, dans son *Traité des Lois* pose des règles qui ne sont manifestement applicables qu'au mariage monogamique. La bigamie serait, en outre, inconciliable avec les idées religieuses qui président à l'organisation de la famille et à l'association de

(1) Van den Es, p. 2; Ciccotti, p. 14.
(2) Hruza, II, p. 32, note 2.
(3) Aristote, *Economique,* c. 7. — Cf. Luzac, p. 65.
(4) VI, 15, 23.

l'épouse au culte du mari [1]. Le témoignage d'Hérodote [2] concorde d'ailleurs avec les conceptions des philosophes. Cet historien nous dit, en effet, en décrivant les mœurs des Egyptiens, qu'ils n'épousent qu'une seule femme, comme les Grecs [3].

Si la bigamie avait réellement été pratiquée à Athènes, la distinction des enfants en légitimes et en bâtards, qui apparaît à peine parmi les nations livrées à la polygamie, ne serait point si nettement affirmée dans le droit attique et cela dès l'époque la plus reculée [4]. On retrouverait, d'autre part, les traces de la terminologie usitée pour désigner les unions bigamiques [5]. Si enfin il avait été fait échec une seule fois au principe monogamique, ce ne seraient pas seulement des cas plus ou moins douteux de bigamie que l'on aurait à signaler, mais encore des cas de trigamie et de polygamie avec un nombre plus ou moins considérable de femmes, suivant la richesse ou les passions de chacun. Nous concluons donc sans hésiter à l'inexistence de la polygamie dans le droit attique [6].

Quant à la polyandrie, elle a été certainement inconnue à

(1) Cette association est généralement admise, mais elle est contestable. V. *infra*, Sect. II, § 2.

(2) II, 92: καὶ τὰ ἄλλα καὶ γυναικὶ μιῇ ἕκαστος αὐτῶν συνοικέει κατά περ Ἕλληνες. — Hruza (II, p. 15) ne veut voir qu'une chose dans le témoignage d'Hérodote, à savoir que le mariage monogamique formait la règle, mais sans exclure la possibilité de la bigamie.

(3) Cette similitude de législation entre l'Egypte et la Grèce, Athènes spécialement, parait toute naturelle si l'on se réfère à la tradition que nous avons rapportée et d'après laquelle l'égyptien Cécrops aurait introduit en Attique la monogamie. V. *supra*, p. 42.

(4) Cf. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 465.

(5) Les expressions πολυγύναιος, πολύγαμος n'ont été employées qu'à une époque toute récente. Cf. Pollux, III, 48, VI, 171 ; Athénée, 12, c. 4 ; Strabon, XVII, p. 835.

(6) Cf. en ce sens : Lasaulx, *Studien*, p. 384; 385 ; Hermann-Blümner, p. 254; Nägelsbach, *Nachhomer. Theol.*, p. 273 ; Meier, Schömann et Lipsius, p. 501 ; Van den Es, p. 2 ; Ciccotti, p. 14 ; Gide, p. 82 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v. *Bigamie ;* Mitteis, p. 221.

Athènes. Elle eût été, du reste, inconciliable avec la situation tout-à-fait inférieure que, dès la plus haute antiquité, la loi athénienne faisait à la femme. Si l'on trouve des traces de gynécocratie dans quelques cités grecques correspondant aux établissements des Cariens, des Lydiens, et autres peuples de race non aryenne, on n'en rencontre aucune dans les institutions d'Athènes [1].

Ce n'est pas seulement à Athènes que la monogamie était pratiquée et l'on peut poser en principe que, pendant toute la période historique, la Grèce fut monogame. Les renseignements qui nous sont parvenus sur les autres républiques grecques permettent à peine de citer deux ou trois exceptions à cette règle. Ainsi d'abord à Sparte, en l'an 560, le roi Anaxandridas, n'ayant pu avoir d'enfants de sa femme et refusant de s'en séparer, reçut des éphores l'ordre de lui en adjoindre une seconde, sans néanmoins dissoudre son premier mariage, et il entretint un double train de maison pour les faire vivre séparément, ce qui, au dire d'Hérodote [2], ne s'était jamais vu auparavant. Pausanias [3] affirme également que ce fut le seul cas de ce genre à Sparte. Schœmann [4] en cite cependant un autre, d'après d'Hérodote [5], celui du roi Ariston qui, ayant épousé une femme stérile, en prit une autre, puis, pour le même motif, une troisième en l'honneur de qui il répudia, il est vrai, l'une des deux premières. Mais le texte d'Hérodote ne s'interprète point nécessairement, à notre avis, dans le sens d'un double ou d'un triple mariage simultané, et il peut très bien se concilier avec l'hypothèse d'unions successives, le mariage précédent étant rompu par

(1) Cf. Hruza, II, p. 55. Cf. pour les institutions de Sparte, Jannet, *Instit. soc. à Sparte*, p. 101.

(2) Ch. V, § 39 : ταυτὰ κελευόντων συνεχώρησεν ὁ 'Αναξανδρίδης, μετὰ δὲ γυναῖκας ἔχων δύο διξὰς ἱστίας οἴκεε ποιέων οὐδαμῶς Σπαρτιητικά.

(3) III, c. 3, § 7.

(4) Trad. Galuski, t. I, p. 307.

(5) VI, c. 63.

le divorce pour cause de stérilité de la femme [1]. En définitive, à Sparte, où cependant les lois et les mœurs étaient si différentes de celles d'Athènes, surtout en ce qui concerne la formation du mariage et les devoirs des époux, on ne peut trouver aucune trace sérieuse de la polygamie. Le seul cas certain de bigamie peut s'expliquer par la raison d'Etat qui, dans la république lacédémonienne, a toujours primé toute autre considération [2].

On rencontre dans une autre cité grecque, à Syracuse, un exemple de bigamie. Denys l'Ancien aurait, d'après Diodore de Sicile [3], épousé le même jour deux femmes, Aristomaque et Doris, en offrant à l'armée et aux citoyens de grandes fêtes à l'occasion de ce double et insolite mariage. Mais on ne peut tirer aucune conclusion d'un fait de ce genre, car un roi ou un tyran tout puissant, comme Denys, pouvait facilement se mettre au-dessus des lois, des lois de la monogamie comme des autres.

Nous avons, par contre, la preuve qu'à Thurium la législation de Charondas n'autorisait point la bigamie. Le législateur, en effet, avait privé de ses droits politiques tout veuf qui donnait une belle-mère aux enfants nés de son premier mariage [4]. Or, une telle disposition serait incompréhensible si la bigamie avait été permise ou usitée à Thurium.

(1) Cf. en ce sens, Hruza, II, p. 60.

(2) Hruza (*loc. cit.*) tire, au contraire, de l'exemple d'Anaxandridas la même conclusion qu'il admet pour le droit attique, à savoir que si la bigamie n'était pas pratiquée à Sparte, elle n'y était point cependant prohibée par la loi.

(3) XII, c. 44.

(4) Diodore de Sicile, XII, c. 12 et 14. — Ainsi que l'observe Hruza (II, p. 56, note 1) les motifs donnés par Charondas en sont une nouvelle preuve. C. 12: ἔφη γὰρ τοὺς μὲν πρῶτον γήμαντας καὶ ἐπιτυχόντας δεῖν εὐημεροῦντας καταπαύειν, τοὺς δὲ ἀποτυχόντας τῷ γάμῳ καὶ πάλιν ἐν τοῖς αὐτοῖς ἁμαρτάνοντος ἄφρονας δεῖν ὑπολαμβάνεσθαι.

§ 3. — *Du concubinat.*

A Rome, le concubinat, après avoir été pendant longtemps un simple fait, sans réglementation légale, la concubine n'étant qu'une maîtresse vivant maritalement avec un amant, finit par être reconnu officiellement sous l'Empire et par constituer une sorte de mariage inférieur, mais n'ayant rien de honteux et se distinguant des *justæ nuptiæ* par la seule intention des parties. Le concubinat produit alors certains effets juridiques propres, notamment il entraîne l'*affinitas;* les enfants qui en sont issus font éviter à leurs parents les peines portées contre le célibat par les lois caducaires; ils sont dits *naturales liberi* et non *spurii* et ont un père certain, que les empereurs chrétiens condamnèrent à leur donner des aliments. D'autre part, le concubinat étant considéré comme une espèce de mariage, est incompatible avec les *justæ nuptiæ* non dissoutes, nul ne pouvant avoir à la fois une femme légitime et une concubine [1].

Le droit attique a-t-il connu une institution analogue ? La question est aujourd'hui fort discutée depuis que certains savants allemands ont soutenu la théorie du concubinat légitime. Cette théorie avait d'ailleurs été proposée pour la première fois par des auteurs français [2]. Gide, dans sa

(1) V. Accarias, t. I, nº 100 ; May, t. I, p. 97.

(2) Ainsi en 1845 déjà, Cauvet (*Organisation de la famille*, p. 159), enseignait que « les lois d'Athènes, comme celles de Rome, admettaient une sorte de mariage inférieur, séparé du mariage véritable par l'intention des conjoints et surtout par l'absence de dignité de la femme. Cette union se formait et se rompait au gré des contractants, sans aucunes cérémonies civiles ou religieuses. Quelquefois, la femme apportait une dot pour subvenir aux besoins du ménage, comme dans le mariage légitime ; quelquefois aussi, bien qu'elle n'en apportât en réalité aucune, elle s'en faisait reconnaître une, afin que la nécessité pour son conjoint de la rendre prévînt dans l'avenir, une répudiation qu'il redoutait. »

remarquable étude sur la *Condition de la femme*[1], admettait que le mari pouvait, tout en gardant sa femme, prendre aussi une concubine et légitimer, même pendant le mariage, les enfants qu'il avait d'elle, à condition qu'elle fût Athénienne. Dans une autre étude inédite et écrite en 1867, il développait ainsi sa manière de voir : « Il faut, au sujet de la dot, distinguer deux sortes de concubines. Le commerce avec une femme étrangère était non seulement méconnu, mais encore condamné par la loi, et les enfants qui en naissaient étaient privés de tous droits civils ; il ne pouvait donc, en ce cas, y avoir de dot véritable. Au contraire, on pouvait prendre une Athénienne pour concubine dans l'intention de légitimer les enfants qu'on aurait d'elle. Cette sorte d'union, expressément reconnue par les lois, paraît avoir été d'un usage fréquent à Athènes. En effet, sous une législation qui défendait à un père de déshériter ses enfants ou d'en adopter d'autres, c'était le seul moyen qu'eût un homme marié de priver ses enfants d'une partie de sa succession. Or, dans une semblable union, les biens apportés par la concubine devaient être conservés pour les enfants auxquels elle donnerait le jour, et constituaient, par suite, une sorte de dot qui, sous le nom particulier d'ἔκδοσις, était soumise à toutes les règles admises pour la dot de la femme[2]. »

Buermann a repris récemment et développé avec beaucoup de talent ces idées dans des études fort remarquées[3]. La conclusion à laquelle il arrive est qu'il existait à Athènes un concubinat, non seulement produisant des effets juridiques, mais encore légitime, que pouvait contracter tout citoyen d'Athènes, soit qu'il fût encore libre, soit qu'il fût déjà engagé dans les liens d'un mariage régulièrement exis-

(1) P. 77 et 82.
(2) Extrait cité par Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, Vo *Dos*, p. 394.
(3) *Drei Studien auf dem Gebiete des attischen Rechts.*

tant, et en employant les formes de l'ἐγγύησις, comme s'il se fût agi d'un mariage véritable. Les enfants nés de cette concubine ἐγγυητή étaient légitimes, γνήσιοι, aussi bien que ceux nés du mariage. La seule différence qui existât entre la femme légitime et la concubine ἐγγυητή était une différence de considération [1]. Une autre cause d'infériorité de la concubine vis-à-vis de la femme légitime provenait de ce que celle-ci apportait habituellement une dot à son mari, tandis que la pallaque n'apportait rien à son quasi-mari. Tout au contraire, le kyrios de la pallaque avait soin, lors de l'engyésis, de se faire promettre par le quasi-mari une certaine somme pour le cas où, son caprice une fois passé, il renverrait sa concubine, et c'était même cette perspective d'un gain qui pouvait séduire les citoyens pauvres [2] et les décider à donner leurs filles en concubinat [3].

Le fondement de la théorie de Buermann est une loi de Dracon sur le meurtre, loi dont l'authenticité ne paraît pas pouvoir être contestée [4], et qui attribue au concubinat certains effets juridiques. Cette loi, citée par Démosthène [5], porte : ἐὰν τις ἀποκτείνῃ ἐν ἄθλοις ἄκων, ἢ ἐν ὁδῷ καθελὼν ἢ ἐν πολέμῳ ἀγνόησας, ἢ ἐπὶ δάμαρτι ἢ ἐπὶ μητρὶ ἢ ἐπ' ἀδελφῇ ἢ ἐπὶ θυγατρὶ, ἢ ἐπὶ παλλακῇ ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ· τούτων ἕνεκα μὴ

(1) Cf. Lysias, *De cæde Eratosth.*, § 31.

(2) Ce ne sont guère, d'après Buermann (p. 380) que les filles des citoyens pauvres qui entrent dans les liens du concubinat, ainsi que le prouvent, soit le plaidoyer d'Isée sur la succession de Pyrrhus (§§ 28, 29), où l'on voit que la παλλακή ne reçoit pas de dot, soit le cas de Plangon, concubine de Mantias et, dont le père était mort insolvable (V. *supra*, p. 50). Les femmes pauvres ne pouvant prétendre à un mariage convenable, devaient se contenter de la situation de concubine d'un homme riche.

(3) V. en ce sens : Philippi, *in Jarbücher für Classische Philologie*, t. 25, 1879, p. 413 et s. (sauf en ce qui concerne la question de forme. V. *infra*, p. 93 et s.) ; Forbiger, *Hellas und Rom*, I, p. 14.— Gilbert, qui avait admis la théorie du concubinat légitime dans la première édition de son *Handbuch*, I, p. 182, l'a abandonnée dans sa seconde édition, I, p. 210. — Van den Es, p. 2 et s., n'est pas net sur cette question.

(4) Cf. Philippi, *Areopag*, p. 55, 349 et s.

(5) *C. Aristocr.*, § 53.

φεύγειν κτείναντα [1]. Le concubin, surprenant un homme en flagrant délit d'adultère avec sa concubine, peut ainsi le tuer impunément, comme il eût pu tuer l'amant de sa femme légitime. Mais quelle est alors précisément la situation de cette παλλακή ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισίν ἔχῃ, assimilée dans une certaine mesure à l'épouse légitime ? Buermann pose d'abord en principe que ce doit être une citoyenne. Il résulte, dit-il, d'un texte d'Isée [2], que les citoyens pouvaient donner leurs filles, en qualité de pallaques. Il paraît certain, d'autre part, qu'il ne pouvait y avoir adultère légal, dans le sens de la loi de Dracon, avec une étrangère, ξένη [3]. Cette loi se réfère donc aux concubines citoyennes. De plus, comme un citoyen ne pouvait donner naissance à des esclaves qu'avec une femme esclave et non point avec une concubine de condition libre, il en résulte que le mot ἐλεύθερος de la loi de Dracon doit être pris dans le sens d'*ingenuus*, citoyen. Or, à l'époque de Démosthène, les enfants nés d'une citoyenne et non ceux d'une étrangère ayant seuls le droit de cité, il en résulte que la concubine légitime ne pouvait être qu'une fille de citoyen.

Cette concubine doit, d'autre part, être ἐγγυητή, car celui qui a des relations avec une citoyenne sans ἐγγύησις préalable, c'est-à-dire sans l'assentiment de son kyrios, ne pouvant être autre qu'un adultère, ne peut évidemment jouir de la protection de la loi de Dracon. Cette solution résulte éga-

(1) Lysias (*De cœde Eratost.*, § 31) dit à propos de cette même loi : καὶ οὕτω σφόδρα ὁ νομοθέτης ἐπὶ ταῖς γαμεταῖς γυναιξὶ δίκαια ταῦτα ἡγήσατο εἶναι, ὥστε καὶ ἐπὶ ταῖς παλλακαῖς ταῖς ἐλάττονος ἀξίαις τὴν αὐτὴν δίκην ἐπέθηκε. Καίτοι δῆλον ὅτι, εἴ τινα εἶχε ταύτης μείζω τιμωρίαν ἐπὶ ταῖς γαμεταῖς, ἐποίησεν ἄν. νῦν δὲ οὐχ οἷός τε ὢν ταύτης ἰσχυροτέραν ἐπ' εκείναις ἐξευρεῖν, τὴν αὐτὴν καὶ ἐπὶ ταῖς παλλακαῖς ἠξίωσε γίνεσθαι. Van den Es, p. 2-4 et Hermann (*Alth.* § 118, 17) admettent, en se fondant sur cette loi, que le concubinat était, à Athènes, sanctionné par la loi.

(2) *De Pyrrhi her.*, § 39. V. *infra*, p. 91.

(3) Buermann (p. 573) argumente du plaidoyer de Démosthène, c. Nééra, § 72: τὴν τοίνυν περιφανῶς ἐγνωσμένην ξένην εἶναι καὶ ἐφ' ᾗ μοιχὸν οὗτος ἐτόλμησε λαβεῖν. — Contra : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 403, note 591.

lement du plaidoyer d'Isée [1] où l'orateur nous montre que l'union ἐπὶ παλλακίᾳ repose absolument, comme le mariage, sur un contrat avec le kyrios de la femme. Donc, comme l'engyésis n'est autre chose, d'après son essence même, que la tradition formelle de la femme par le kyrios au mari, le plaidoyer d'Isée exprime indirectement que la pallaque citoyenne est ἐγγυητή à celui qui la reçoit. Ce qui distingue alors la concubine de la femme légitime, c'est que, pour celle-ci, il n'y a pas seulement ἐγγύησις, mais en outre γάμος. L'engyésis, acte purement privé, suffit dans tous les cas pour former légalement l'union, soit avec une épouse, soit avec une concubine, et pour conférer la légitimité aux enfants de cette union. Mais, pour convertir celle-ci en un véritable mariage, il faut, de plus, un acte public, l'introduction de la femme dans la phratrie du mari, le γάμος. Ce dernier acte, qui est généralement considéré comme un accessoire de l'engyésis, est ainsi pour Buermann le critérium du mariage par opposition au concubinat [2].

Le lien du concubinat n'est point, du reste, à un certain point de vue, aussi fort que celui du mariage. Au dire d'Isée, en effet, le kyrios de la pallaque ne manquait pas, en la remettant à son concubin, de stipuler de celui-ci, au profit de la concubine, une somme aussi forte que possible, ἵνα μὴ ἐπ' ἐκείνῳ γένοιτο ῥᾳδίως ἀπαλλάττεσθαι, ὁπότε βούλοιτο, τῆς γυναικός [3]. Le concubin avait donc le droit absolu de renvoyer sa concubine moyennant le paiement de la somme promise. C'est là, d'après Buermann [4], une nouvelle différence entre

(1) *De Pyrrhi her.*, § 39.

(2) A Rome, le concubinat du droit impérial se contracte sans plus de formalités que les *justæ nuptiæ*. Il est vrai que la loi 3, D. *De concub.*, XXV, 7, exige des témoins pour contracter le concubinat avec une femme ingénue et honnête ; mais ce texte est probablement altéré. Cf. Accarias, t. I, n° 100.

(3) *De Pyrrhi her.*, § 28.

(4) P. 580. — Cet auteur argumente également en ce sens de la conduite d'Euctémon vis-a-vis de la sœur de Démocrate, qu'il avait prise pour concubine légi-

le mariage et le concubinat légitime. Le mariage ne pouvait, en effet, être rompu que de l'accord des deux parties, au moyen d'une déclaration à l'archonte, ou, sur l'action intentée par l'une des partics, par sentence du juge. Le lien entre mari et femme était donc relativement plus solide que celui qui unissait les concubins.

La concubine légitime n'est point admise dans la maison conjugale avec l'épouse. C'est ainsi que Plangon, concubine de Mantias, n'habite point sous le même toit que la femme légitime, fille de Polyaratos [1]. En effet, selon Buermann, sans cette restriction, l'espèce de polygamie qui résulte de la coexistence d'un mariage et d'un concubinat ne saurait se concevoir, car l'épouse est autorisée par la loi à demander le divorce quand le mari entretient une hétaïre au domicile conjugal [2]. Donc, comme l'injure serait la même, elle pourrait également demander le divorce, si le mari entretenait à côté d'elle une concubine dans ce même domicile.

Le concubinat légitime diffère enfin du mariage en ce qui concerne la situation des enfants de la concubine jusqu'à leur majorité. On voit, en effet, dans le premier plaidoyer contre Bœotos [3], que les fils de la concubine Plangon ont, pendant leur enfance, participé aux chœurs de la tribu de leur mère. C'est donc que les enfants nés d'un concubinat légitime, bien que jouissant de la même considération que les enfants nés d'un mariage, n'ont point *ipso facto* la jouissance des droits de filiation vis-à-vis de leur père naturel. Ils n'en sont investis que lorsque celui-ci les a introduits dans sa phratrie, comme il le fait pour les enfants nés du mariage, et les a ainsi officiellement reconnus comme siens. C'est à partir de ce moment qu'ils sont complètement assimilés aux enfants

time et qu'il répudie dès qu'il a atteint son but et vaincu la résistance de son fils Philoctémon. — V. *Isée, de Philoct. her.*, et *suprà*, p. 60.

(1) Cf. Démosthène, *C. Bœot.* V. *suprà*, p. 49 et s.

(2) Cf. Andocide, *C. Alcib.*, § 14.

(3) I, § 28.

nés du mariage et font partie de l'οἶκος de leur père. Il y a donc là pour les enfants nés du concubinat une situation intermédiaire entre celle des enfants légitimes et celle des bâtards, νόθοι. Mais, d'après Buermann, elle n'a rien de surprenant et s'explique par la situation même de la mère. Celle-ci, étant toujours citoyenne et ἐγγυητή, ses enfants sont, du jour de leur naissance, légitimes et peuvent, dès ce moment, prétendre à tous les privilèges honorifiques dont jouissent les enfants des autres citoyens. Toutefois, comme leur mère n'appartient point à l'οἶκος de leur père et qu'elle a son ménage indépendant, ils ne peuvent pas, comme les enfants nés du mariage, être acceptés, dès leur naissance, dans l'οἶκος paternel; ils sont élevés dans la maison maternelle et font naturellement partie de la phratrie et de la tribu de leur mère jusqu'au jour de leur introduction dans la phratrie paternelle par une sorte de légitimation, εἰσποίησις εἰς τὸν οἶκον [1].

Le concubinat légitime, ainsi compris, aurait été en vigueur à l'époque de Solon [2]. Il était encore pratiqué au temps de Démosthène, mais, selon toute vraisemblance, il ne devait plus être beaucoup connu à l'époque d'Aristoxène. Celui-ci, en effet, en parlant de la bigamie de Solon, est obligé d'expliquer à ses lecteurs que le philosophe n'a point commis un acte illégal en vivant simultanément avec deux fem-

(1) Ce sont les termes employés par Isée (*De Philoct. her.*, § 22) lorsqu'il parle de l'union qu'Euctémon veut contracter avec la sœur de Démocrate pour vaincre la résistance de Philoctémon : ἐγγυᾶται γυναῖκα Δημοκράτους τοῦ 'Αφιδναίου ἀδελφήν, ὡς ἐκ ταύτης παῖδας ἀποφανῶν καὶ εἰσποιήσων εἰς τὸν οἶκον. Suivant Buermann (p. 582), il y a là une preuve certaine que cette union d'Euctémon est un concubinat légitime. C'est seulement, en effet, pour les enfants nés de ce concubinat qu'il peut être question de les introduire ultérieurement εἰς τὸν οἶκον. Les enfants nés du mariage ne peuvent être l'objet d'une telle εἰσποίησις puisque, du jour même de leur naissance, ils appartiennent a l'οἶκος de leur père. Donc, en menaçant d'introduire ultérieurement dans son οἶκος les enfants qu'il se propose d'avoir avec la sœur de Démocrate, Euctémon déclare par là-même qu'il veut prendre celle-ci non comme épouse, mais comme concubine.

(2) Buermann, p. 597.

mes. On doit donc en conclure que l'institution du concubinat légitime a commencé et fini avec les anciennes libertés, d'Athènes et qu'elle a duré de Solon au commencement de l'époque macédonienne.

Pour justifier sa théorie, Buermann invoque non-seulement la loi précitée de Dracon sur le meurtre, mais encore certains plaidoyers de Démosthène ou d'Isée où il prétend trouver des cas de concubinat légitime. Il invoque également l'exemple de Socrate, et il allègue enfin une loi qui aurait été votée à l'époque de la guerre du Péloponèse pour remédier à la dépopulation d'Athènes [1].

En étudiant la question de la polygamie dans le droit attique, nous avons eu l'occasion d'exposer la portée des plaidoyers de Démosthène contre Bœotos et d'Isée sur la succession de Philoctémon, plaidoyers dans lesquels Buermann prétend rencontrer des cas de concubinat légitime. Nous avons établi d'abord, en ce qui concerne les premiers plaidoyers, que Plangon n'a point été la concubine mais la femme légitime de Mantias, sans que cependant ce dernier ait été bigame, et nous avons montré que rien, dans ces discours, ne se réfère à un concubinat légitime. Nous avons dit, d'autre part, relativement au plaidoyer d'Isée, que l'orateur n'y fait aucune allusion à ce concubinat, et qu'au contraire, certaines expressions employées par lui sont plutôt de nature à laisser croire que l'intention d'Euctémon était de prendre la sœur de Démocrate non point pour concubine mais pour épouse [2]. Quant à la double union de So-

(1) La loi 144, D. *De verb. signif.*, L, 16, pourrait laisser croire que les jurisconsultes romains avaient du concubinat une notion conforme à la théorie de Buermann. Elle porte, en effet : « Pellicem nunc vulgo vocari quæ cum eo, cui uxor sit, corpus misceat, quosdam eam, quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν Græci vocant. » Il faut observer cependant que, d'après cette loi, la pallaque jouerait *in domo* le rôle d'une épouse inférieure, tandis que, d'après Buermann, la concubine légitime habite, au contraire, en dehors du domicile conjugal.

(2) V. *supra*, p. 44 et s.

crate avec Myrto et Xanthippe, où l'on a voulu voir également un cas de concubinat légitime, nous avons admis qu'elle doit être considérée comme une fable. Il n'y a donc pas plus en argumenter à l'appui de la théorie du concubinat légitime qu'en faveur de celle de la bigamie. Enfin, le concubinat de Chrémès, dans le Phormion de Térence, n'est pas mieux établi, car la femme qu'il entretenait à Lemnos n'est, ainsi que nous l'avons montré, qu'une maîtresse ordinaire. La preuve, du reste, qu'elle n'est point unie à Chrémès par un lien légal, comme celui du concubinat légitime, c'est que la conduite de Chrémès est blâmée, non-seulement par sa femme, Nausistrata, mais encore par son frère Démiphon [2]. Au surplus, si l'on devait admettre l'existence d'une double union de la part de Chrémès, ce serait plutôt pour la bigamie véritable qu'il faudrait opter, car Térence emploie le même terme, *uxor* [3], pour désigner à la fois la femme de Lemnos et Nausistrata.

Le plaidoyer d'Isée sur la succession de Pyrrhus fournit à Buermann un argument plus sérieux en apparence. Les faits à l'occasion desquels le procès s'est élevé sont les suivants. Pyrrhus, n'ayant d'autre enfant qu'une fille naturelle, nommée Philé, adopte et institue héritier Endius, fils de sa sœur, qui posséda pendant longtemps l'hérédité paternelle sans être inquiété par personne. A la mort d'Endius, ses biens revenant à la sœur de Pyrrhus, Xénoclès, mari de Philé, revendiqua la succession au nom de sa femme qu'il

(1) Nous ajouterons qu'à la fin du plaidoyer, Isée, lorsqu'il somme son adversaire Androclès de prouver que ses clients sont les enfants légitimes, γνήσιοι, d'Euctémon, s'exprime en des termes qui supposent que cette preuve peut seulement résulter de l'existence d'un mariage véritable. § 64 : οὐ γὰρ ἂν εἴπῃ μητρὸς ὄνομα, γνήσιοι εἰσιν, ἀλλ' ἐὰν ἐπιδειχνύῃ ὡς ἀληθῆ λέγει, τοὺς συγγενεῖς παρεχόμενος, τοὺς εἰδότας συνοιχοῦσαν τῷ Εὐκτημόνι, τοὺς δημότας καὶ τοὺς φράτορας, εἴ τι ἀκηκόασι πώποτε ἢ ἴσασιν ὑπὲρ αὐτῆς Εὐκτήμονα λειτουργήσαντα. Cf. Hruza, I, p. 29.

(2) Acte V, sc. 8, v. 957 : Vides peccatum tuum esse elatum foras.

(3) V. notamment, acte V, sc. 8, v. 939 ; sc. 9, v. 1039.

prétendait être une fille légitime de Pyrrhus. Mais il fut convaincu de faux témoignage, et la succession fut adjugée à la sœur de Pyrrhus. Celle-ci, poussant d'ailleurs les choses plus loin, attaqua en faux témoignage Nicodème, qui, était venu témoigner en faveur de Xénoclès en disant qu'il avait donné en mariage à Pyrrhus sa sœur, mère de Philé, et que celle-ci était la fille légitime de Pyrrhus [1].

Suivant Buermann, l'allégation de Nicodème porterait sur l'existence non point d'un mariage, mais seulement d'un concubinat légitime entre sa sœur et Pyrrhus, concubinat qui aurait été formé au moyen d'une ἐγγύησις. Le principal argument en faveur de cette interprétation est tiré du § 39, où l'orateur, après avoir dit que Nicodème, qui ne méprisait point l'argent, aurait certainement soigné ses intérêts, si l'union par lui alléguée avait réellement été conclue, ajoute : καὶ οἱ ἐπὶ παλλακίᾳ διδόντες τὰς ἑαυτῶν πάντες πρότερον διομολογοῦνται περὶ τῶν δοθησομένων ταῖς παλλακαῖς. Νικόδημος δὲ ἐγγυᾶν μέλλων, ὥς φησι, τὴν ἀδελφὴν τὴν αὑτοῦ μόνον τὸ κατὰ τοὺς νόμους ἐγγυῆσαι διεπράξατο. L'orateur paraît ainsi nous montrer Nicodème donnant à sa sœur ἐπὶ παλλακίᾳ et en même temps procédant à une ἐγγύησις. Cette manière de voir semble confirmée par le rapprochement du § 28, où il est dit : τοῦτο δ' εἰ δι' ἐπιθυμίαν τὴν ἐγγύην ὁ θεῖος ἡμῶν ἐποιεῖτο τῆς τοιαύτης γυναικός, δῆλον ὅτι κἂν ἀργύριον πολλῷ μᾶλλον ὁ ἐγγυῶν διωμολογήσατο ἔχειν. La seule question qui s'agite est de savoir s'il y a eu ou non ἐγγύησις, et non point de savoir s'il y a eu ou non mariage entre Pyrrhus et la sœur de Nicodème. C'est donc le concubinat de Pyrrhus qui a été allégué par Nicodème, concubinat fondé sur une engyésis.

Nous croyons, au contraire, que l'union de Pyrrhus avec la sœur de Nicodème, si elle a existé, comme l'affirme ce dernier, ne pouvait être qu'un mariage véritable et non un

(1) C'est pour cette raison que Harpocration, v° προςεποιήσαντο, parle du plaidoyer en question sous la rubrique κατὰ Νικοδήμου.

concubinat. Il faut, en effet, partir de ce point de vue, qui ne nous paraît pas contestable, qu'Isée, accusant Nicodème de faux témoignage, a dû employer son argumentation à combattre directement les allégations de Nicodème. Si donc l'orateur, comme nous allons le voir, s'efforce d'établir l'inexistence d'un mariage véritable entre Pyrrhus et la mère de Philé, c'est que Nicodème avait affirmé l'existence de ce mariage. Si Nicodème s'était contenté d'alléguer un simple concubinat, Isée aurait fait complètement fausse route en s'attaquant à un mariage dont on ne se prévalait point, et il aurait été exposé à voir toute son argumentation tomber devant cette exception de Nicodème que, sans prétendre aucunement à l'existence d'un mariage, il s'était borné à affirmer celle d'un concubinat. Or, si l'on parcourt le plaidoyer d'Isée, on voit qu'à chaque instant les arguments de l'orateur se réfèrent à un prétendu mariage de Pyrrhus et non à un concubinat. C'est ainsi d'abord qu'au § 4, lorsqu'Isée résume la déposition que Nicodème a eu l'audace de faire, il dit : ὅς γε ἐτόλμησε μαρτυρῆσαι ἐγγυῆσαι τῷ θείῳ τῷ ἡμετέρῳ τὴν ἀδελφὴν τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα εἶναι κατὰ τοὺς νόμους. *A priori*, l'ἐγγύησις dont il est ici question apparaît comme constitutive d'un mariage véritable, car on ne saurait considérer une simple concubine, παλλακή, comme la γυνὴ κατὰ τοὺς νόμους dont parle l'orateur [1]. De même, au § 14, où Isée fait ce tableau de la conduite désordonnée de la mère de Philé, il s'exprime ainsi: καίτοι οὐ δή πού γε ἐπὶ γαμετὰς γυναῖκας οὐδεὶς ἂν κωμάζειν τολμήσειεν· οὐδὲ αἱ γαμεταὶ γυναῖκες ἔρχονται μετὰ τῶν ἀνδρῶν ἐπὶ τὰ δεῖπνα, οὐδὲ συνδειπνεῖν ἀξιοῦσι μετὰ τῶν ἀλλοτρίων. Ces désordres n'auraient pas pu se produire de la part d'une femme γαμετή; c'est donc que Nicodème avait affirmé le mariage de sa sœur et non son concubinat [2]. Pareillement en-

(1) Ainsi que l'observe Hruza (I, p. 30, note 12), s'il s'était agi d'un concubinat, Nicodème aurait présenté sa sœur comme étant vis-à-vis de Pyrrhus παλλακὴν κατὰ τοὺς νόμους.

(2) Buermann (p. 639), dit qu'il résulte de ce texte que ce qui aurait été im-

core, au § 80, Isée admettant, par hypothèse, la véracité des allégations de Nicodème, dit, en parlant de Pyrrhus, εἰ ἦν γεγαμηκώς, s'il avait été marié, sans faire aucune allusion à la possibilité d'un concubinat. Enfin, au § 79, où l'orateur, arrivant à la fin de son discours, a dû présenter le meilleur des arguments qu'il avait en réserve, il tient le langage suivant pour convaincre son adversaire de faux : καὶ περὶ τῆς τοῖς φράτορσι γαμηλίας μὴ ἀμνημονεῖτε. Οὐ γὰρ τῶν ἐλαχίστων πρὸς τὴν τούτου μαρτυρίαν τεκμήριον ἐστι τοῦτο. Δῆλον γὰρ ὅτι εἰ ἐπείσθη ἐγγυήσασθαι, ἐπείσθη ἂν καὶ γαμηλίαν ὑπὲρ αὐτῆς τοῖς φράτορσιν εἰσενεγκεῖν καὶ εἰσαγαγεῖν τὴν ἐκ ταύτης ἀποφθανεῖσαν θυγατέρα ὡς γνησίαν οὖσαν αὐτῷ. C'est donc que l'ἐγγύησις de Pyr. rhus comportait la prestation de la γαμηλία, ou, en d'autres termes, qu'elle avait fondé un mariage et non un concubinat, puisque, dans la théorie même de Buermann, le γάμος est le trait caractéristique du mariage par opposition au concubinat. Pour écarter l'argument que nous tirons de ce § 79, Buermann est obligé d'accuser l'orateur d'inexactitude et d'artifices oratoires. Mais nous ne voyons nullement la raison pour laquelle Isée aurait été obligé de recourir à un artifice de ce genre, si l'on admet que les enfants nés du concubinat sont légitimes et peuvent, comme tels, recueillir la succession paternelle.

Quant au § 39, il ne prouve nullement que la dation de la femme ἐπὶ παλλακίᾳ, dation dont nous nous réservons d'ailleurs d'expliquer le véritable sens, comporte une ἐγγύησις. Ainsi qu'on l'a déjà remarqué [1], Isée, dans ce paragraphe, oppose le ἐπὶ παλλακίᾳ διδόναι à l'ἐγγύησις, et il argumente de la manière suivante : du moment que ceux qui donnent comme concubine une femme soumise à leur puissance, prennent soin

possible à une épouse, devait être permis à une concubine ἐγγυητή, et que celle-ci avait ainsi une plus grande liberté que la femme mariée. Mais cette observation ne détruit nullement la portée de l'argument que nous tirons du § 14.

(1) Zimmermann, p. 19 ; Hruza, II, p. 33, 34.

de stipuler une certaine somme au profit de la pallaque en cas de renvoi de celle-ci, comment peut-on croire que Nicodème, s'il est vrai qu'il eût voulu donner sa sœur à Pyrrhus par ἐγγύησις, aurait négligé de stipuler une restitution éventuelle de la dot (προίξ) constituée par lui à sa sœur (constitution déniée par l'orateur)? C'est donc un argument *a fortiori* que tire Isée de ce qui se passe en cas de dation ἐπὶ παλλακίᾳ pour nier la possibilité d'une constitution de dot, fait qui, s'il eût été prouvé, aurait été d'un grand poids en faveur de l'existence d'un mariage entre Pyrrhus et la sœur de Nicodème [1]. Dès lors, le § 39, loin d'établir la formation d'un concubinat par voie d'engyésis, oppose nettement, au contraire, dans la forme comme dans le fond, le fait de διδόναι ἐπὶ παλλακίᾳ à celui d'ἐγγυᾶν. Aussi, lorsque, dans notre plaidoyer, l'orateur fait allusion à l'union de Xénoclès et de Philé, qui est certainement un mariage, il emploie pour la désigner le verbe ἐνεγγυᾶν, comme si ce mot ne pouvait désigner qu'un mariage.

Ce n'est point, du reste, dans notre plaidoyer seulement qu'apparaît la véritable signification de l'expression ἐγγύησις. Ainsi, au § 19 du discours d'Isée sur la succession d'Astyphile, le mot ἐνεγγυᾶν pourrait très bien être remplacé par l'expression γάμους ποιεῖν [2]. De même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Eubulide, le rapprochement aux §§ 41 et 43 de l'ἐγγύησις et de la γαμηλία montre que l'engyésis comporte naturellement le γάμος et suppose ainsi le mariage. De plus, la formule du serment prêté lors de l'introduction d'un enfant dans la phratrie et qui nous est rapportée indifféremment

(1) A propos des mots μόνον τὸ κατὰ τοὺς νόμους κτλ. du § 39, Schœmann (sur Isée, p. 243) observe : « Hoc unum egit, ut sororem suam rite ac legitime desponderet, dotis restitutionem aut alimenta sorori præbenda nihil curavit. »

(2) A l'inverse, dans le premier plaidoyer de Démosthene contre Onétor, § 21, l'expression γάμους ποιεῖν est prise dans le sens d'ἐγγυᾶν. Philippi, *Jarbuch für Philol.*, 1879, p. 417.

dans les termes suivants : ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς [1], ἐξ ἀστῆς καὶ γεγονότα ὀρθῶς [2], ἐξ ἀστῆς καὶ γαμετῆς γυναικὸς [3], montre bien que, pour les orateurs l'ἐγγύησις fonde le mariage et non pas simplement le concubinat [4].

On ne saurait, dès lors, attribuer aucune valeur à l'argument que tire Buermann du § 6 du discours sur l'héritage de Pyrrhus et où l'orateur fixe le point à élucider dans les termes suivants : πότερον ἐξ ἐγγυητῆς ἢ ἐξ ἑταίρας ἡ ἀμφισβητοῦσα τοῦ κλήρου (Philé) τῷ θείῳ γυναικὸς ἦν. Si le mot ἐγγυητή avait eu, comme on le prétend, une double signification, et s'il avait servi à désigner la concubine aussi bien que la femme légitime, Isée n'aurait pas manqué d'en préciser le sens, car la détermination exacte du fait à prouver avait une importance capitale. L'emploi du mot ἐγγυητή, sans autre addition, prouve donc que, dans l'esprit de l'orateur comme dans celui des juges, cette expression ne pouvait avoir qu'un seul sens et s'appliquait exclusivement à l'épouse légitime.

D'autres passages de ce même plaidoyer sont, en outre, en opposition avec la théorie de Buermann. Ainsi, au § 8, l'orateur demande qu'on lui dise si l'épouse prétendue de Pyrrhus (ἡ ἐγγυητὴ γυνή) a quitté la maison de son mari du vivant de celui-ci ou après sa mort seulement [5]. Il demande de même, au § 78, qu'on établisse quel archonte cette fem-

(1) Isée, *de Cir. her.*, § 19 ; Démosthène, *C. Eubul.*, § 54 ; *C. Neæram*, §§ 60 et 92.

(2) Isée, *De Apollod. her.*, § 16.

(3) Isée, *Pro Euphil.*, § 9.

(4) Cf. Philippi, *loc. cit.* On peut encore alléguer en ce sens un passage des lois de Platon liv. VIII, 774, e) où à propos du mariage incontestablement (Cf. προτέλεια γάμων), il est dit : ἐγγύην δ'εἶναι κυρίαν πατρὸς μὲν πρῶτον, δευτέραν πάππου, τρίτην δὲ ἀδελφῶν ὁμοπατρίων. Pollux (III, 21) dit, dans le même sens : καὶ γνήσιος μὲν ὁ ἐκ γυναικὸς ἀστῆς καὶ γαμετῆς, νόθος δὲ ὁ ἐξ ξ νης ἢ παλλακίδος.

(5) § 8 : ἐπιθυμῶ δὲ πρῶτον μὲν περὶ αὐτοῦ τούτον πυθέσθαι, ἥντινα ποτὲ προῖκα φησίν ἐπιδούς ἐκδοῦναι τὴν ἀδελφὴν ὁ μεμαρτυρηκὼς τῷ τὸν τριτάλαντον οἶκον κεκτημένῳ, εἶτα πότερον ἡ ἐγγυητὴ γυνή ἀπέλιπε τὸν ἄνδρα ζῶντα ἢ τελευτήσαντος τὸν οἶκον αὐτοῦ.

me a été trouver en quittant la maison de son mari [1]. Or, si la sœur de Nicodème avait été seulement la concubine de Pyrrhus, elle n'aurait pas pu quitter la maison de celui-ci puisque, dans la théorie du concubinat légitime, elle n'aurait pas dû y demeurer. D'autre part, l'importance que l'orateur attache au défaut de dot de la mère de Philé (et il revient à plusieurs reprises sur ce point) [2], montre bien que le témoignage de Nicodème avait porté sur l'existence d'un mariage entre sa sœur et Pyrrhus, car la constitution de dot est précisément un des signes caractéristiques du mariage [3].

Il est, au surplus, une des propositions de Buermann qui nous paraît inadmissible, à savoir celle par laquelle il exige de la concubine qu'elle soit citoyenne. Il n'arrive à ce résultat qu'en interprétant les mots ἐπ' ἐλευθέροις παισίν de la loi de Dracon citée par Démosthène dans le sens « d'enfants jouissant du droit de cité. » Or, c'est là forcer le sens du mot ἐλεύθερος qui signifie « libre » et non pas « citoyen ». Tous les enfants ἐλεύθεροι ne jouissent point nécessairement du droit de cité. Ainsi les bâtards nés d'un citoyen et d'une pérégrine [4], les métèques sont libres, ἐλεύθεροι, mais non citoyens. La loi de Dracon ne pourrait avoir le sens qu'on lui prête que si elle était ainsi conçue : ἐπὶ παλλακῇ ἣν ἂν ἐπὶ γνησίοις παισὶν ἔχῃ. C'est donc l'épouse ἀστὴ καὶ ἐγγυητή, ἀστὴ καὶ γαμετή qui seule peut donner le jour à des enfants légitimes, et non la pallaque : celle-ci ne peut engendrer que des νόθοι et non des γνήσιοι. Cette antithèse est d'ailleurs manifestement marquée dans le discours de Démosthène contre

(1) § 78 : ἐὰν μὴ ἀποφαίνῃ.... πρὸς ὁποῖον ἄρχοντα ἡ ἐγγυητὴ γυνὴ ἀπέλιπε τὸν ἄνδρα ἢ τὸν οἶκον αὐτοῦ.

(2) Cf. § 8, cite *supra*, p. 95, note 5 ; §§ 28, 35, 39.

(3) Cf. Hermann-Blümner, p. 264 ; Lallier, p. 249, note ; Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 7, et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 394 ; Mayer, t. 2, p. 339 ; Zimmermann, p. 21.

(4) Cf. Denys d'Halicarnasse, Or. 15 : καὶ οὐδεὶς δοῦλος ἐστιν, ἀλλὰ μόνον οὐκ Ἀθηναῖος τῶν οὕτω γεννηθέντων, c'est-à-dire qui sont nés d'une union illégitime.

Nééra, lorsque l'orateur établit entre l'hétaïre, la pallaque et l'épouse une comparaison sur la portée de laquelle nous aurons à revenir, mais où il considère comme le privilège de l'épouse τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως. Donc celui qui veut avoir des enfants légitimes ne doit pas se contenter de prendre une pallaque, une concubine ; il faut qu'il se marie.

Le même plaidoyer de Démosthène en fournit une preuve évidente. L'orateur, se demandant ce que son adversaire pourrait alléguer pour la défense dit notamment : « Soutiendra-t-on que Nééra n'est pas l'épouse de Stéphanos et qu'il l'entretient chez lui comme concubine ? Mais les enfants nés d'elle et présentés à la phratrie par Stéphanos, mais sa fille donnée en mariage à un Athénien, prouvent d'une manière éclatante qu'elle est chez Stéphanos à titre d'épouse [1]. » C'est donc que les enfants de la concubine, παλλακή, ne peuvent être introduits dans la phratrie, droit réservé aux enfants légitimes nés du mariage. L'orateur confirme un peu plus loin cette manière de voir lorsque, avant de faire la comparaison de l'hétaïre, de la pallaque et de l'épouse, il dit [2] que « vivre en mariage avec une femme, c'est avoir d'elle des enfants, présenter les fils à la phratrie et au dème, et donner les fils en mariage en qualité de père [3]. »

Buermann allègue, à l'appui de sa théorie, la loi dont nous avons parlé à propos de la polygamie et qui aurait été votée lors de la guerre du Péloponèse pour remédier à la dépopulation de la cité [4]. Tenant cette loi pour authentique,

(1) § 118 : ἀλλ' οὐ γυναῖκα εἶναι αὐτοῦ ἀλλὰ παλλακὴν ἔχειν ἔνδον ; ἀλλ' οἱ παῖδες ταύτης ὄντες καὶ εἰσηγμένοι εἰς τοὺς φρατέρας ὑπὸ Στεφάνου καὶ ἡ θυγάτηρ ἀνδρὶ Ἀθηναίῳ ἐκδοθεῖσα περιφανῶς αὐτὴν ἀποφαίνουσι γυναῖκα ἔχοντα.

(2) § 122 : τὸ γὰρ συνοικεῖν τοῦτ' ἔστιν, ὃς ἂν παιδοποιῆται καὶ εἰσάγῃ εἴς τε τοὺς φρατέρας καὶ δημότας τοὺς υἱεῖς καὶ τὰς θυγατέρας ἐκδιδῷ ὡς αὐτοῦ οὔσας τοῖς ἀνδράσι.

(3) Cf. Gilbert, I, p. 210, note 5 ; Zimmermann, p. 26. — V. toutefois Schæfer, *Phil. Anzeig.*, 1887, p. 403 et s.

(4) V. *suprà*, p. 73.

il l'interprète en ce sens qu'elle permet à tout citoyen, outre l'épouse légitime et unique qu'il peut avoir, de donner le jour en même temps à des enfants légitimes avec une autre femme, qui serait alors la concubine légitime : γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν, παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας. Les termes de cette loi, telle que la rapporte Diogène Laërce, correspondraient ainsi exactement aux termes du premier plaidoyer de Démosthène contre Bœotos, § 26 : γάμῳ γεγαμηκώς... ἑτέραν εἶχε γυναῖκα, plaidoyer où Buermann prétend également trouver un cas de concubinat légitime. Cet auteur met toutefois en doute le motif et l'époque qui sont assignés à la loi par Diogène Laërce, et il estime que cette loi remonte à une époque beaucoup plus reculée que la guerre du Péloponèse. Il en place la promulgation vers l'époque de la loi qui permettait de tuer impunément le complice de la pallaque adultère saisi *in flagrante delicto* [1] et il en conclut que l'institution du concubinat légitime était déjà officiellement reconnue avant Solon.

Pour nous, qui considérons comme une invention des péripatéticiens la prétendue loi citée par Diogène Laërce, par Athénée et par Aulu-Gelle, nous écartons forcément toute induction que l'on voudrait en tirer en faveur, soit de la bigamie, soit du concubinat légitime. En ce qui concerne, du reste, spécialement ce dernier, l'argumentation de Buermann nous paraît prêter à la critique à plusieurs points de vue. Il la fonde, en effet, exclusivement sur le texte de Diogène Laërce et sur l'opposition qui paraît en résulter entre les mots γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν et ces autres παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας. Mais le texte de la loi, tel qu'il est rapporté par Athénée et par Aulu-Gelle, parle de deux épouses légitimes, traitées sur le même pied, δύο ἔχειν γυναῖκας τὸν βουλόμενον, *duas simul uxores*, sans que l'on soit autorisé à voir dans l'une d'elles une épouse légitime et dans l'autre une

(1) V. *suprà*, p. 84.

simple concubine. La loi en question serait ainsi plus favorable à la théorie de la bigamie qu'à celle du concubinat légitime. Il est, enfin, tout-à-fait singulier, à notre avis, de ne prendre dans le texte de Diogène Laërce que la partie qui serait favorable à la théorie du concubinat légitime en rejetant les motifs donnés à la loi par ce même auteur [1].

Il nous reste, pour terminer cet examen de la théorie du concubinat légitime, à rechercher la portée de la loi de Dracon sur le meurtre, loi qui a fourni un des arguments les plus sérieux donnés à l'appui de cette théorie. Cette loi permet, comme nous l'avons vu, à celui qui possède une pallaque ἣν ἂν ἔχῃ ἐπ' ἐλευθέροις παισίν [2], de tuer impunément celui qu'il surprend avec elle en flagrant délit d'adultère. Il s'agit de savoir quelle est la situation de la pallaque visée par la loi de Dracon.

Dans un texte souvent cité, l'auteur du discours contre Nééra indique quels sont, d'après lui, les caractères distinctifs de l'hétaïre, de la pallaque et de l'épouse : « Nous prenons, dit-il, une hétaïre pour nos plaisirs, une pallaque pour recevoir d'elle les soins journaliers qu'exige notre corps, et une épouse pour avoir des enfants légitimes et une gardienne fidèle de tout ce que contient notre maison [3] ». D'après cette définition, la pallaque apparaît plutôt

(1) Caillemer (*in* Daremberg et Saglio, vo *Bigamie*, p. 710), tout en n'admettant pas l'authenticité de la loi, enseigne que, si on la tient cependant pour authentique, on peut dire qu'elle eut pour objet d'autoriser exceptionnellement les Athéniens mariés a user du concubinat, soit avec une citoyenne, soit avec une étrangère et de conférer la légitimité aux enfants nés de cette union. Mais, ajoute cet auteur, sans en donner, du reste, aucune preuve, cette faveur temporaire cessa sous l'archontat d'Euclide après le rétablissement de la démocratie ; les enfants nés de personnes régulierement mariées eurent seuls, a partir de cette époque, les droits d'enfants légitimes.

(2) Faut-il, pour l'application de cette loi, que les enfants ἐλευθέροι soient nés de cette pallaque, ou suffit-il de l'intention de donner naissance à de tels enfants? C'est la dernière interprétation qui parait la plus vraisemblable. Cf. Meier, Schömann et Lipsius, p. 501, note 64 ; Hruza, II, p. 81.

(3) § 122 : τὰς δὲ γὰρ ἑταίρας ἡδονῆς ἕνεκ' ἔχομεν, τὰς δὲ παλλακὰς τῆς καθ

comme une servante que comme une concubine [1]. Mais ce n'est point évidemment aux pallaques de ce genre que s'applique la loi de Dracon, car ce qui caractérise celles dont l'adultère est prévu par cette loi, c'est la παιδοποία, c'est qu'elles sont destinées avant tout à donner naissance à des enfants libres, tandis que la pallaque du discours contre Nééra est plutôt une esclave [2].

Abstraction faite des hétaïres libres ou affranchies et qui, nouant des relations plus ou moins prolongées avec un Athénien, sont quelquefois aussi qualifiées de παλλακαὶ [3], il est une autre catégorie de pallaques, celles dont parle Isée dans son plaidoyer sur l'héritage de Pyrrhus, où il nous dit, au § 39 : ἐπεὶ καὶ οἱ ἐπὶ παλλακίᾳ διδόντες τὰς ἑαυτῶν πάντες πρότερον διομολογοῦνται περὶ τῶν δοθησομένων ταῖς παλλακαῖς. On entend généralement le texte d'Isée en ce sens que le kyrios d'une Athénienne jouissant du droit de cité pouvait la donner en qualité de παλλακή à un citoyen, lequel s'obligeait par contrat à certaines prestations immédiates ou à venir au profit de la pallaque [4] et l'on applique alors la loi de Dracon à cette sorte de pallaques. Nous estimons, au contraire, avec

ἡμέραν θεραπείας τοῦ σώματος, τὰς δὲ γυναῖκας τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως καὶ τῶν ἔνδον φύλακα πιστὴν ἔχειν.

(1) Il est question d'une παλλακή de ce genre dans le discours d'Antiphon portant accusation d'empoisonnement. Cette pallaque assiste son maître dans les sacrifices (§ 17) et le sert à table (§ 19). Aulu-Gelle (*Noct. att.*, II, c. 23), parle également d'une pallaque esclave qui figure dans une comédie de Ménandre.

(2) Hruza, II, p. 83.

(3) C'est ainsi qu'Athénée (XIII, c. 62) qualifie Lagiska de παλλακή Ἰσοκράτους, et Apollodore (Démosthène, *C. Neæram*, § 118) appelle également Nééra la pallaque de Stéphanos. Mais le cas d'une citoyenne vivant avec un homme en dehors du mariage était extrêmement rare, et toutes les hétaïres étaient des étrangères ou des affranchies. Cf. Schömann-Galuski, I, p. 590.

(4) Cf. Wachsmuth, *Hellen. Altert.*, II, p. 167; Van den Es, p. 2; Ciccotti, p. 63; Hermann-Blümner, p. 253; Schömann-Galuski, t. I, p. 590; Meier, Schömann et Lipsius, p. 501, note 64; Buermann, p. 573; Becker, *Charikles*, II, p. 438, III, p. 278; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Dos*, p. 394; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 108; Gilbert, I, p. 210, note 4.

Hruza [1], dont nous adoptons pleinement les conclusions, d'une part, que le texte d'Isée n'a point pour objet la tradition d'une femme libre à titre de pallaque et, d'autre part, que la loi de Dracon était sans application à l'époque où la citait l'auteur du discours contre Aristocrate.

Tout d'abord, l'interprétation qu'on donne au texte d'Isée paraît inconciliable avec la rigueur déployée par le législateur athénien contre les proxénètes. La loi sur la prostitution, au témoignage d'Eschine [2], condamnait la prostitution et menaçait des peines les plus rigoureuses ceux qui livraient à la débauche une femme ou un enfant libre [3]. Il serait, dès lors, bien difficile d'admettre qu'un père ou un frère eût possédé le droit de donner ἐπὶ παλλακίᾳ sa fille ou sa sœur. A quelles conditions, d'ailleurs, le pouvoir du kyrios se serait-il exercé? Le consentement de la femme était-il nécessaire? L'affirmative paraît probable si l'on songe que la tradition de la femme à titre de pallaque lui enlève la possibilité du mariage. Mais cette solution serait, d'autre part, contraire à l'esprit du droit attique concernant le mariage et les pouvoirs du kyrios. Quelle aurait été, en outre, la situation de la femme vis-à-vis de celui qui la recevait du kyrios? Etait-elle seulement l'objet d'un simple contrat de louage, ou bien se formait-il entre elle et sa concubine certaines relations de famille? Voilà des questions, et il y en a d'autres encore, que soulève l'application du texte d'Isée à des pallaques citoyennes, et auxquelles on ne saurait trouver une solution.

Aussi ce texte se refère-t-il, à notre avis, à des pallaques esclaves [4]. Le maître d'une esclave pouvait la louer à un

(1) II, p. 83 et s.

(2) *C. Timarch.*, § 14.

(3) Cf. sur la répression du proxénétisme : Thonissen, p. 335, Meier, Schömann et Lipsius, p. 410 ; Hruza, II, p. 75.

(4) Les pallaques sont généralement désignées comme esclaves. Ainsi Platon (*Leges*, VIII, c. 8, p. 841, d, e), lorsqu'il oppose la γυνή γαμετὴ aux παλλακαὶ

amant pour un temps plus ou moins long : Plaute et Térence parlent plusieurs fois, dans leurs comédies, de contrats de ce genre. Dans ce contrat, au lieu de stipuler, comme dans la vente, un prix payé une fois pour toutes, le maître exige de l'amant certaines prestations au profit de la concubine tant que celle-ci restera dans la maison de son amant, et de plus une sorte de dédit en cas de renvoi. Ainsi interprété [1], le passage en question d'Isée s'enchaîne parfaitement avec ce qui suit, et l'on comprend l'argument tiré par l'orateur des précautions prises par le maître d'une pallaque pour dire que Nicodème n'était point assez peu soucieux de ses intérêts pour ne pas agir de la même manière, et ne pas garantir sa sœur contre une répudiation arbitraire par la menace de la restitution d'une dot réellement constituée ou du moins simulée. Du moment donc qu'Isée se borne à dire, d'une façon concise, οἱ ἐπὶ παλλακίᾳ διδόντες τὰς ἑαυτῶν, rien n'oblige à dire qu'il s'agit ici d'un kyrios livrant sa fille ou sa sœur (θυγατέρας ou ἀδελφὰς), et il est plus rationnel, à notre avis, d'admettre qu'il est ici question d'un maître disposant de son esclave (δούλας ou θεραπαίνας). Or, le texte d'Isée étant le seul d'où l'on puisse induire l'existence d'un concubinat stipulé entre une pallaque citoyenne et un Athénien, on ne peut songer à appliquer la loi de Dracon à une pallaque de ce genre. Il pouvait, sans doute, arriver qu'une citoyenne fît

dit de ces dernières : ὠνηταῖς εἴτε ἄλλῳ ὁτῳοῦν τρόπῳ κτηταῖς. Les pallaques des Perses sont également achetées, au dire d'Hérodote (I, c. 135) et d'Athénée (XIII, c. 3). De même l'opposition faite par certains auteurs (Hérodote, I, c. 173; Pollux, *Onom.* III, § 21) entre les mots ἀστή, ξένη et παλλακή laisse bien supposer que cette dernière appartient à la classe des esclaves. Hruza, II, p. 87.

(1) Cette interprétation, comme l'observe Hruza (II, p. 86) permet seule d'expliquer le mot πάντες employé par l'orateur au § 39. S'il s'agit, en effet, d'une pallaque esclave, celui qui la prostitue (πορνοβοσκὸς) a toujours intérêt à faire les stipulations dont parle Isée. S'il s'agissait, au contraire, d'une pallaque citoyenne, la situation respective de son kyrios et de l'amant pouvait varier considérablement suivant les cas, et Isée n'aurait pas pu parler d'une règle suivie par *tous* ceux qui donnent τὰς ἑαυτῶν ἐπὶ παλλακίᾳ.

le métier de courtisane et vécût comme concubine d'un citoyen; mais ce n'était là qu'un simple fait pour lequel le législateur n'avait pas posé de règles spéciales.

A quelles personnes pouvait donc s'appliquer la loi de Dracon ? Elle vise, comme nous l'avons vu, la παλλακὴ ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ. Or, la concubine susceptible de donner ainsi le jour à des enfants libres peut d'abord être une hétaïre libre. Mais si l'on songe à la rigueur déployée par Dracon contre la prostitution, on admettra difficilement que ce législateur ait voulu en quelque sorte la légaliser en assimilant l'adultère de l'hétaïre à celui de la femme mariée [1].

Quant aux pallaques esclaves, il faudrait d'abord supposer, pour que la loi de Dracon leur fût applicable, que les enfants nés d'elles et d'un citoyen sont libres, ἐλευθέροι. Or, c'est une question très douteuse que celle de savoir si ces enfants suivent la condition de leur mère ou celle de leur père [2]. Si l'on tient pour cette seconde solution, on pourrait alors songer à appliquer aux pallaques esclaves la loi de Dracon. Le droit exclusif du maître sur sa pallaque justifierait même, dans une certaine mesure, l'application de cette loi à celui qui se rendrait coupable de *stuprum* en même temps que d'une atteinte au droit de propriété du maître. Néanmoins cette conclusion nous semble bien difficile à admettre, si l'on envisage la situation tout-à-fait inférieure qu'occupaient les pallaques esclaves, ainsi qu'en témoigne le discours d'Antiphon [3] et le plaidoyer contre Nééra. Cette situation exclut l'idée que son maître la possède ἐπὶ ἐλευθέροις παισίν, et il est peu vraisemblable que Dracon ait voulu mettre cette pallaque sur le même pied que l'épouse légi-

(1) Athénée (XIII, c. 42) parle, il est vrai, de μοιχεία à propos d'une παλλακή de ce genre, mais sans dire qu'une poursuite fût possible contre le μοιχός. Cf. Hruza II p. 89.

(2) Cf. Dareste, *La science du droit*, p. 129; Hruza, II, p. 90.

(3 V. *suprà*, p. 100, note 1.

time, δάμαρ, et considérer son infidélité comme un adultère fournissant une excuse légale en cas de meurtre.

En définitive, à l'époque de Démosthène, la loi de Dracon, citée par cet orateur, ne comportait plus d'application possible, parce qu'il n'existait plus de παλλακαὶ de l'espèce visée par la loi. Il faut observer, du reste, que l'orateur ne la cite point pour en tirer un argument auprès des juges ; il la mentionne accidentellement, en énumérant les crimes qui peuvent être punis de mort [1]. Quelles pouvaient donc être les pallaques auxquelles se référait la loi de Dracon ! On en est réduit sur ce point à des conjectures. Néanmoins l'explication proposée par Hruza nous paraît assez vraisemblable. A l'époque héroïque, les παλλακαὶ se trouvaient dans une situation relativement favorable, et leurs enfants naissaient libres, bien qu'elles fussent esclaves. Cela n'avait, du reste, rien d'étonnant si l'on songe que ces pallaques étaient le plus souvent d'un rang égal à celui de leurs maîtres, et que leur esclavage avait ordinairement pour cause les malheurs de la guerre ou un rapt. Mais ces causes de servitude devinrent tous les jours de plus en plus rares en Grèce, et par suite, les pallaques de cette catégorie durent peu à peu disparaître. Mais, à l'époque de Dracon, il y avait pour le concubinat un élément qui ne se rencontre plus après la promulgation des lois de Solon. Les coutumes abrogées par ce dernier permettaient, en effet, la vente des enfants et, au témoignage de Plutarque [2], nombre de parents se trouvaient contraints à une pareille vente par la misère. Dès lors, quand un Athénien riche acquérait à titre de παλλακὴ la fille d'un de ses concitoyens, la situation de cette pallaque devait être beaucoup plus relevée que celle d'une esclave achetée, et les enfants qu'elle avait devaient être autrement traités que les νόθοι des temps postérieurs. Peut-être même ces

(1) Cf. Zimmermann, p. 25.
(2) *Solon*, c. 13.

enfants, tout en ne venant qu'après les γνήσιοι, étaient-ils préférés aux collatéraux en ce qui concerne les droits de famille et de succession. En tout cas, ils naissaient libres, ἐλεύθεροι, et l'on comprend que le législateur ait cherché à prévenir, par un châtiment sévère, l'adultère de cette concubine qui se rapprochait plus, en un sens, de l'épouse que de la pallaque d'Antiphon.

Lorsque Solon eut interdit la vente des enfants et privé, d'autre part, les enfants naturels de tous droits de famille, la loi de Dracon perdit sa raison d'être [1], et la disposition relative à la pallaque surprise en flagrant délit d'adultère aurait dû disparaître, lors de la révision de Solon, comme conséquence des lois nouvelles. Si néanmoins elle a été conservée, c'est que Solon a, par exception, maintenu en bloc les lois de Dracon sur le meurtre [2]. Mais la disposition dont nous nous occupons n'était plus applicable, faute d'objet. Aussi Platon n'y fait-il aucune allusion lorsqu'il s'occupe des meurtres légitimes [3].

Nous arrivons donc à cette double conclusion, d'une part, que le texte d'Isée relatif à ceux qui donnent τὰς ἑαυτῶν ἐπὶ παλλακίᾳ ne s'applique qu'à des pallaques esclaves livrées par leur maître à un amant pour un temps plus ou moins long, d'autre part, que la loi de Dracon sur le meurtre de la pallaque ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ, se trouvait tacitement abrogée à l'époque des orateurs par suite de la dis-

(1) Il dut encore y avoir des παλλακαὶ αἰχμάλωτοι, mais, comme l'observe Hruza (II, p. 92), leur situation dut naturellement se ressentir de celle qui était faite à leurs enfants.

(2) Plutarque, *Sol.*, c. 17 ; Aristote, *Constit. des Athèn.*, c. 7 ; Gilbert, I, p. 138, note 2.

(3) Platon, *Leg.*, c. 12, p. 874, c. — V. *suprà*, p. 85, note 1, la manière dont Lysias. dans son discours sur le meurtre d'Eratosthène, s'exprime à propos de la loi de Dracon. Le passage en question, quoi qu'en pense Hruza, serait plutôt, nous le reconnaissons, de nature à laisser supposer que la loi de Dracon était encore applicable à l'époque de Lysias.

parition du genre de pallaques qu'elle visait. Ainsi tombent deux des plus sérieux arguments sur lesquels on a voulu fonder la théorie du concubinat légitime. Aussi rejetons-nous sans hésiter cette théorie qui, du reste, ne peut non plus, comme nous l'avons établi, trouver d'appui dans les autres plaidoyers d'Isée ou de Démosthène. Le concubinat, selon nous, n'a jamais constitué à Athènes une union analogue, quoique inférieure, au mariage. C'était, sans doute, un fait qui pouvait ne pas paraître aussi choquant aux anciens qu'aux modernes [1], et l'infidélité du mari n'étant point réprimée par la loi, du moins lorsqu'elle n'avait pas lieu dans la maison conjugale, un citoyen marié pouvait très bien entretenir ailleurs une maîtresse. Mais ces relations, loin d'être légitimées par la loi, n'étaient même pas excusées par l'opinion. Aussi lorsque Démosthène parle de celles que Mantias a eues avec Plangon tout en étant déjà marié avec la fille de Polyaratos, il qualifie cette conduite d'irrégulière [2]. De même, le fait de Chrémès qui, marié à Athènes, entretient une concubine à Lemnos, est blâmé non seulement par sa femme mais encore par son ami Démiphon [3]. Le concubinat ne saurait donc être comparé en aucune manière au mariage : il n'en produit aucun des effets, et notamment les enfants qui en naissent sont simplement bâtards, νόθοι [4]. Le

(1) Caillemer (*in* Daremberg et Saglio, vo *Concubinatus*, p. 1435) cite à ce sujet le livre de droit syro-romain de Bruns et Sachau (*Syrisch-rœmisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*) où il est question d'un homme qui a deux femmes et des enfants de l'une et de l'autre, tout ce monde vivant en bonne harmonie. D'autre part, le *Corpus inscriptionum latinarum* (t. V, p. 1, n. 1318) reproduit un monument sur lequel l'image du défunt, P. Cervonius, a été sculptée entre celle de Cincia, sa femme et celle de Cilia, sa concubine.

(2) *Adv. Bœot.*, II, § 5 : μὴ ὀρθῶς διεπράξατο.

(3) V. *suprà*, p. 90.

(4) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 501, note 64 ; Lewy, p. 28 ; Gilbert, I, p. 210 et 511 ; Zimmermann, p. 10 et s. ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Concubinatus*, et vo *Dos ;* Hruza, I, p. 25 et s., et II, p. 74 et s.

concubinat ne produit même aucune conséquence juridique, si l'on admet que la loi de Dracon sur le meurtre de la pallaque adultère n'était plus applicable à l'époque des orateurs [1]. C'est, en définitive, un simple fait, dont le législateur ne s'occupe en aucune façon et à l'égard duquel les mœurs ne se montrent point très sévères.

§ 4. — *Du célibat.*

Les idées que nous avons précédemment exposées sur la nécessité de la perpétuation des fam lles [2] devaient naturellement, ainsi que l'observe Fustel de Coulanges [3], faire considérer le célibat à la fois comme une impiété grave et comme un malheur : « une impiété, parce que le célibataire mettait en péril le bonheur des mânes de sa famille, un malheur, parce qu'il ne devait recevoir lui-même aucun culte après sa mort et ne devait pas connaître ce qui réjouit les mânes. » Les croyances religieuses communes à tous les peuples de race aryenne durent longtemps suffire pour empêcher le célibat. Mais il s'agit de savoir si le législateur n'est pas intervenu sinon pour prohiber, du moins pour prévenir un état de chose qui paraissait contraire à la fois aux intérêts de la religion et à ceux de la cité.

L'affirmative paraît certaine pour Sparte. Au témoignage de Plutarque [4], Lycurgue aurait prononcé la peine de l'a-

(1) *Contrà :* Caillemer, *loc. cit.*, vo *Concubinatus.*

(2) V. *supra*, p. 32 et s.

(3) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 3.

(4) Plutarque, *Lycurgue*, c. 15. Il faut observer toutefois que, dans sa vie de Lysandre, c. 30, Plutarque parait moins affirmatif sur les pénalités qui frappaient les célibataires à Sparte : ἦν γὰρ, ὡς ἔοικεν, ἐν Σπάρτῃ καὶ ἀγαμίου δίκη καὶ ὀψιγαμίου καὶ κακογαμίου. Athénée raconte également, d'après Cléarque (XIII, 2, p. 556), qu'à certains jours de fête les femmes faisaient faire le tour de l'autel aux célibataires en les frappant.

timie contre tout citoyen qui avait dépassé un certain âge sans contracter mariage : une action publique, ἀγαμίου γραφή, était ouverte en pareil cas contre le célibataire qui avait contrevenu à la loi. De plus, le coupable était exclu du spectacle des Gymnopédies. Il devait aussi, pendant l'hiver, faire le tour de la place publique complètement nu, en chantant une chanson satyrique dont il était lui-même l'objet et où il se reconnaissait justement puni de sa désobéissance aux lois. Enfin, il ne pouvait prétendre aux marques de respect que les jeunes gens devaient aux hommes âgés [1]. On était également puni, à Sparte, pour se marier trop tard (δίκη ὀψιγαμίου), comme ainsi pour faire un mariage peu honorable (δίκη κακογαμίου).

Le célibat était-il pareillement puni par les lois athéniennes ? La question est controversée. On invoque, à l'appui de l'affirmative, un passage de Plutarque où le moraliste nous dit que « les bêtes, dans leurs unions, suivent fidèlement la nature et n'ont pas, comme les concitoyens de Lycurgue et de Solon, des lois qui punissent les célibataires ou ceux qui se marient trop tard [2]. » L'existence d'une ἀγαμίου γραφή dans le droit attique paraît, d'autre part, résulter de deux textes de Pollux [3] où cet auteur présente les actions ὀψιγαμίου et κακογαμίου comme spéciales aux Lacédémoniens, tandis que l'action ἀγαμίου, dont la mention n'est accompagnée d'aucune restriction, aurait été ainsi plus générale et aurait été également admise dans le droit attique avec les diverses autres γραφαί simultanément énumérées par Pollux. On allègue aussi dans le même sens le texte d'un des lexiques de Séguier [4] où sont mises sur la même ligne les actions ἀγεωργίου, λειποταξίου, ἀλογίου et ἀγαμίου. Comme les trois premières de

(1) Plutarque, *Lysandre*, c. 30 ; Pollux, III, 48 et VIII, 40 ; Stobée, *Florileg*, tit. 67, 16. Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 304.

(2) Plutarque, *De amor. prol.*, 2, p. 493, e.

(3) Pollux, III, 48 ; VIII, 40.

(4) Bekker, *Anecd.*, I, p. 336.

ces actions appartiennent au droit attique, on en conclut qu'il doit en être de même de la dernière. On se prévaut enfin d'un passage de Platon [1] où le philosophe, dit, d'une manière générale, que la loi oblige au mariage [2].

La solution négative nous paraît plus exacte. Elle est conforme d'abord à l'esprit général de la législation athénienne qui attachait un très grand prix à la liberté individuelle et qui, en matière de mariage spécialement, s'inspirait d'idées toutes différentes de celles qui avaient prévalu dans la république autoritaire de Sparte. Si le droit attique avait admis l'existence d'une γραφὴ ἀγαμίου, nous trouverions des traces de cette action ailleurs que dans les textes précités de Pollux et de Plutarque, et dont les rédacteurs se sont peut-être inspirés inconsidérément d'une fiction imaginée par un comique quelconque [4].

Dans aucun des plaidoyers qui nous sont parvenus, et ce sont là des documents d'une bien plus grande valeur, il n'est question d'une action dirigée contre les célibataires. Et cependant les orateurs, lorsqu'ils avaient à établir qu'une personne était morte sans avoir été mariée, n'auraient pas manqué de relever ce fait qu'elle avait été condamnée sur une γραφὴ ἀγαμίου. Ç'aurait été pour eux une preuve beaucoup plus facile et beaucoup plus décisive en même temps que les circonstances, assez peu probantes par elles-mêmes, qu'ils se croient tenus de relever, comme celles, par exemple, que cite Démosthène pour démontrer qu'Archiadés était mort célibataire [5]. Le témoignage de Platon que l'on invo-

(1) Platon, *Symp.*, p. 192 *a* : πρὸς γάμους καὶ παιδοποιίας οὐ προσέχουσι τὸν νοῦν φύσει, ἀλλ' ὑπὸ τοῦ νόμου ἀναγκάζονται.

(2) Platner, *Process*, II, p. 248 ; Hermann-Blümner, p. 252, note 2.

(3) Cf. Xénophon, *De rep. Athen.*, 1, § 8.

(4) Philippi, *Gœt. gel. Anzeigen*, 1867, p. 771.

(5) Démosthène, *C. Leoch.*, § 30. L'orateur invoque ce fait qu'une esclave avec une aiguière (λουτροφόρος) avait été placée sur le tombeau d'Archiadés. Cf. Harpocration, v° λουτροφόρος.

que à l'appui de l'opinion adverse est d'autant moins décisif en ce qui concerne le droit attique que l'authenticité des mots ἀλλ' ὑπὸ τοῦ νόμου ἀναγκάζονται est fortement suspecte. Au surplus, les précautions mêmes que prend Platon pour assurer le recouvrement de l'amende que, dans sa république idéale, il édicte contre les célibataires, montrent bien qu'il s'attendait à trouver de la résistance dans les mœurs, et que la loi jusqu'alors ne punissait point le célibat [1]. Nous trouvons enfin une preuve indirecte de l'inexistence d'une γραφὴ ἀγαμίου dans ce que rapporte Dinarque de certains avantages qui auraient été refusés aux célibataires [2]. Notre conclusion est donc que le célibat n'a été, à Athènes, l'objet d'aucune pénalité, et nous sommes d'autant plus porté à nous décider en ce sens que, dans les cités grecques, et notamment à Athènes, on ne sentait pas le besoin, comme à Rome sous Auguste, de pousser au mariage pour augmenter le nombre des citoyens. Les philosophes préconisaient, au contraire, les doctrines malthusiennes et proposaient même quelquefois des moyens peu avouables pour prévenir l'excès de population. Aussi le nombre des célibataires semble-t-il avoir été assez considérable, et des écrivains distingués n'ont pas craint de faire l'éloge du célibat [3].

Certains auteurs, pour concilier le texte de Plutarque avec le silence des orateurs relativement à la γραφὴ ἀγαμίου, enseignent que Solon avait bien édicté des peines contre le célibat, mais que ces peines étaient tombées en désuétude à l'époque classique [4]. Mais ces prétendues lois de Solon nous

(1) D'après Platon (*Leges*, IV, p. 330), l'homme qui n'est pas marié à l'âge de trente-cinq ans est puni d'une amende annuelle qui varie de trente à cent drachmes suivant les classes. Si cette amende n'est pas payée exactement, elle est exigée au décuple. Outre cette peine pécuniaire, le célibataire n'a pas droit au respect des jeunes gens et ne peut leur infliger aucune correction.

(2) Dinarque, *C. Demosth.*, § 71.

(3) Antiphon, *in* Stobée, LXVIII, 33. Cf. Plaute, *Miles*, III, 1.

(4) Osann, *De cœlibum apud veteres conditione* (Giessen, 1827), p. 12 et s.; B. W. Leist, p. 19.

semblent difficilement conciliables avec le langage que prête Stobée au grand législateur d'Athènes, qui, lorsqu'on lui proposa d'infliger une amende à ceux qui ne se mariaient pas, répondit que c'était un lourd fardeau qu'une femme : χαλεπὸν φορτίον ἡ γυνή [1]. Nous croyons donc plutôt que la γραφὴ ἀγαμίου a toujours été étrangère au droit attique [2].

Faut-il du moins admettre que les célibataires se trouvaient atteints indirectement par la privation de certains avantages réservés aux gens mariés? C'est ce que l'on pourrait croire d'après un passage de Dinarque [3], d'après lequel les lois n'auraient accordé qu'aux gens mariés et ayant des enfants le droit d'être nommés stratèges et de prendre la parole en public [4]. Mais peut-être cet orateur, ainsi que cela paraît résulter de l'ensemble du texte, veut-il dire que les citoyens mariés, ayant des enfants et possédant des immeubles en Attique, inspiraient plus de confiance au peuple que ceux qui ne réunissaient pas ces conditions.

SECTION II

Formation du mariage.

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

La théorie du consentement mutuel, comme base du mariage, est relativement moderne, du moins chez un grand

(1) Stobée, LXVIII, 33.

(2) Cf. en ce sens : Van Stegeren, p. 73; Schœmann-Galuski, t. I, p. 588; Becker, *Chariklès*, t. III, p. 282 ; Dareste, *Science du droit*, p. 61; Ciccotti, p. 12 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v. *Agamiou graphè* ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 352 et 1024; Hruza, II, p. 139, note 39.

(3 Dinarque, *C. Démosth.*, § 71 : καὶ τοὺς μὲν νόμους προλέγειν τῷ ῥήτορι καὶ τῷ στρατηγῷ, τὴν παρὰ τοῦ δήμου πίστιν ἀξιοῦντι λαμβάνειν, παιδοποιεῖσθαι κατὰ τοὺς νόμους, γῆν ἐντὸς ὅρων κεκτῆσθαι.

(4) Van den Es, p. 5; Becker, *loc. cit.*; Caillemer, *loc. cit.*

nombre de peuples. A l'origine, un homme se procurait une femme en l'enlevant ou en l'achetant [1]. Si le mariage par rapt ou par achat a complètement disparu dans le droit grec à l'époque historique, du moins à Athènes, on en trouve des traces indiscutables à l'époque héroïque.

Le rapt est incontestablement la forme la plus ancienne du mariage, celle qui correspond le mieux à l'état d'une société barbare où la force est pour ainsi dire la raison déterminante de tout droit. Aussi, en raison même de son antiquité, cette forme de mariage a peu marqué son empreinte dans l'histoire du droit grec. Ainsi, dans Homère, à l'exception de l'enlèvement d'Hélène qui fait mouvoir toute la grande épopée, on ne rencontre aucune autre allusion au rapt considéré comme mode de formation du mariage [2]. Dans la législation de Sparte, le mariage par enlèvement a laissé des traces notables. Le fiancé devait, en effet, sitôt qu'il avait obtenu l'adhésion des parents dont sa fiancée dépendait, s'emparer de celle-ci par une sorte de rapt [3]. Le consentement préalable des parents montre qu'ici le rapt n'est plus qu'un élément tout matériel de la cérémonie du mariage, mais la coutume spartiate est vraisemblablement un vestige d'un usage qui se pratiquait dans les temps les plus reculés et auquel paraissent se référer différentes légendes racontant des enlèvements [4].

Le mariage par achat, qui a remplacé le mariage par enlè-

(1) Cf. sur l'emploi de ces formes chez les Aryens et chez les peuples d'origine aryenne : Leist, *Altarisches jus gentium*, p. 125 et s.; Kohler, *Studien über Frauengemeinschaft, Frauenraub und Frauenkauf, in Zeitschrift für vergl. Rechtswiss.*, V, p. 334 et s.; Lennan, *Studies in ancieut history, comprising a reprint of primitive marriage ;* Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*.

(2) Suivant Ouvré (p. 294) le rapt simulé est devenu dans Homère la procession nuptiale, la conduite solennelle de l'épousée au domicile du mari.

(3) Plutarque, *V. Lycurg.*, 15 ; Schœmann-Galuski, I, p. 306 et II, p. 650.

(4) Cf. Welcker, *Kret. Colon*, p. 69.

vement [1], était, au témoignage d'Aristote [2], pratiqué par les anciens Grecs, le mari achetant soit la femme elle-même, directement, soit la puissance sur elle de celui qui l'exerçait. Cette forme de mariage est-elle encore pratiquée dans le droit homérique? L'affirmative est généralement admise [3], et elle nous paraît fondée malgré les objections que l'on a faites contre cette manière de voir [4].

Dans Homère, le mariage apparaît comme un contrat passé entre le père de la fiancée, ou telle autre personne dont elle dépend, et celui qu'elle doit épouser. Dans le droit homérique, comme plus tard dans le droit attique, la femme joue un rôle purement passif dans ce contrat et son consentement n'est nullement requis; tout se passe entre le kyrios de la femme et son futur mari, le kyrios disposant de sa pupille comme d'un objet quelconque qui lui appartiendrait . Lors de ce contrat le prétendant offre ordinairement au père de la jeune fille des présents consistant en bétail ou autres objets précieux, et que l'on nomme ἕδνα. Le père qui a reçu ces ἕδνα fait de son côté au fiancé d'autres présents désignés sous le nom de μείλια [6].

A quoi correspondent précisément ces présents respec-

(1) Solon punit le crime de rapt. V. Plutarque, *V. Solon.*, 23. Cf. Thonissen, p. 319 et s. Mais on ne peut voir dans cette disposition aucune trace de la forme primitive du mariage par enlèvement.

(2) Aristote, *Politique*, II, 8, p. 1268, b : τοὺς γὰρ ἀρχαίους νόμους λίαν ἁπλοῦς εἶναι καὶ βαρβαρικούς· ἐσιδηροφοροῦντο τε γὰρ οἱ Ἕλληνες καὶ τὰς γυναῖκας ἐωνοῦντο παρ' ἀλλήλων.

(3) Lasaulx, *Studien des Kl. Alterthums*, p. 339 ; Wachsmuth, II, p. 116; Naegelsbach-Autenrieth, *Homer. Theologie* (2e éd.), p. 255, 257 ; B. W. Leist, *loc. cit.*, p. 127 ; Friedreich, *Realien in der Iliade und Odyssee* (2e éd.), p. 201 ; Buchholz, *Die homer. Realien*, II, 2, p. 20 ; Hermann-Blümner, p. 161 ; Tamassia, *Le nozze in Omero*, p. 12 et s.

(4) Hruza, I, p. 9 et s. — Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 58 et s.

(5) V. *Iliade*, IX, 144 et s., XI, 221 et s., XIII, 364 et s.; *Odyssée*, II, 52 et s. Cf. Hruza, I, p. 9; Tamassia, p. 12.

(6) Le sens que nous donnons à ces mots est celui qui leur est attribué par les grammairiens. V. Hésychius, vo ἔδνα et ἀνάεδνος ; Pollux, III, 36 ; Cramer,

tifs et spécialement ceux que donne le fiancé, les ἕδνα? Il semble tout naturel, au premier abord, de considérer ces ἕδνα comme le prix réel ou fictif de l'achat de la fiancée [1]. Cette manière de voir a cependant été fortement combattue par Hruza [2]. Si, dit cet auteur, il est question dans Homère de concubine achetée [3], jamais il n'est fait allusion à l'achat de l'épouse; celle-ci au contraire, est nommée μνηστὴ ἄλοχος, ce qui signifie qu'elle est recherchée en mariage, mais non achetée. Le mot ἕδνα exclut d'ailleurs l'idée d'achat. Si l'on s'en réfère à l'étymologie vraisemblable de ce mot [4], il correspondrait à l'expression française « douceur », c'est-à-dire que le fiancé offre ces présents au père afin de gagner sa bienveillance : les ἕδνα sont en quelque sorte un don rémunératoire. Mais ils ne correspondent pas évidemment à un prix de vente, ainsi que le prouve la valeur relativement minime que représentaient ces présents, consistant le plus souvent en têtes de bétail. Si, par exemple, on convertit en argent d'après la valeur qu'ils pouvaient avoir à l'époque de Solon, les cent bœufs et les mille moutons qu'Iphidamos donne à titre δ'ἕδνα à son futur beau-père, (et ce présent est considéré par Homère [5] comme étant de grande valeur), on voit qu'ils représentent une valeur de cinq cents et de mille drachmes. Or, on ne peut manifestement envisager une somme aussi faible comme le prix d'achat de la fille d'un prince grec. Il y aurait de plus incompatibilité entre les

Anecdota græca, III, p. 54; *Etymol. magnum*, v° ἕδνα. Cf. en ce sens : Wachsmuth, II, p. 116; Buchholz, II, 2, p. 20; Hermann-Blümner, p. 262; Hruza, I, p. 11, Tamassia, p. 20 et s. Certains auteurs, au contraire, nomment également ἕδνα les présents faits par le père de la jeune fille au fiancé. Schœmann-Galuski, I, p. 59; Friedreich, p. 202; Naegelsbach-Autenrieth, p. 256-257.

(1) Tamassia, *loc. cit.*; Ouvré, p. 291.

(2) I, p. 12 et s.

(3) *Odyssée*, XIV, 202, 203 : ὠνητὴ παλλακή.

(4) Hruza, I, p. 12, le fait venir du mot ἁνδάνω, plaire, être agréable, d'où ἡδανόν, agréable. Cf. Ouvré, p. 290.

(5) *Il.*, XI, 324 et s.

ἕδνα considérés comme prix d'achat et les dons, δῶρα que le futur faisait, soit à sa fiancée, soit aux parents de celle-ci. On voit enfin quelquefois le père donner une dot à la fille qu'il marie sans être d'ailleurs tenu de le faire. Or, en pareil cas, les ἕδνα ne pouvaient avoir le caractère d'un prix de vente, surtout lorsque la dot consistait dans les ἕδνα mêmes du fiancé, ou dans une partie de ces présents.

Nous estimons, au contraire, que les ἕδνα représentent, sinon réellement, du moins symboliquement, le prix d'achat de la fiancée. Il est incontestable, en effet, que chez tous les peuples d'origine aryenne, chez les Hindous comme chez les Germains primitifs, le mariage par achat s'est perpétué assez longtemps [1]. Les Hellènes, lorsqu'ils se fixèrent en Grèce, pratiquaient vraisemblablement cette forme de mariage [2] ; or, il serait étrange qu'elle eût déjà disparu à l'époque homérique, et que la vente de la femme se fût convertie, dès cette époque, en un contrat de fiançailles tel qu'il apparaît dans l'ἐγγύησις. Aussi Homère considère-t-il le contrat concernant le mariage, comme ayant un caractère synallagmatique et dont les obligations respectives sont, d'une part, la tradition de la femme, et, d'autre part, la prestation des ἕδνα [3], c'est-à-dire comme renfermant le double élément d'une vente, à savoir la translation d'une chose moyennant un prix. Aussi, en cas d'adultère commis

(1) L'achat de la femme est encore inscrit en toutes lettres dans certains textes germaniques. Cf. Loi des Saxons, XVIII, 1, *in* Walter, *Corpus juris germ.*, t. I, p. 389. Le *mundr* islandais représente également le prix d'achat de la femme. V. l'étude que nous avons publiée dans la *Nouvelle revue historique du droit*, 1885, p. 76 et s. sur la *Formation et la dissolution du mariage dans l'ancien droit islandais*. Cf. notre *Loi de Westrogothie*, p. 189 et suiv.

(2) C'est ce que reconnaît Hruza, I, p. 15.

(3) C'est ce qui résulte notamment, comme l'observe Hruza (*loc. cit.*), de ce passage (Il. IX, 242), où l'on plaint Iphidamos de mourir en perdant ainsi l'épouse ἧς οὔ τι χάριν ἴδε, et pour laquelle il avait donné des ἕδνα si considérables.

par l'épouse, y a-t-il lieu à restitution des ἕδνα [1], de même qu'en cas de vente, le contrat est résilié et le prix est restitué si l'objet de la vente est affecté d'un vice rédhibitoire. Que les ἕδνα représentent bien le *pretium puellæ*, c'est ce que démontre, à notre avis, le passage même où Homère parle des dons considérables faits par Iphidamos pour obtenir sa femme [2] ainsi que l'épithète ἀλφεσίβοιαι [3] appliquée aux fiancées. On objecte, il est vrai, que les présents donnés par Iphidamos n'avaient point une grande valeur, si on les convertit en argent, et qu'ils ne peuvent correspondre au prix d'achat d'une fille de grande maison. Mais c'est appliquer à l'interprétation du droit héroïque des idées tout à fait modernes. Il n'y avait point, en effet, à l'époque d'Homère, de monnaies frappées et les bœufs constituaient la valeur d'échange généralement adoptée [4]. Un troupeau de cent bœufs ou de mille chèvres ou brebis représentait ainsi une valeur assez élevée [5]. En supposant, du reste, que les ἕδνα ne correspondissent point réellement à la valeur que l'on pouvait attribuer hypothétiquement à une fille de haut rang, on peut très bien admettre qu'au temps d'Homère le prix d'achat avait déjà pu se modifier et que,

(1) *Od.* VIII, 318 et s.

(2) *Il.* XI, v. 243-245... πολλὰ δ' ἔδωκεν
πρῶθ' ἑκατὸν βοῦς δῶκεν, ἔπειτα δὲ χίλι' ὑπέστη
αἶγας ὁμοῦ καὶ ὄϊς...

La valeur des ἕδνα est une considération décisive pour les parents de la jeune fille, et, quand il y a plusieurs prétendants, la main de celle-ci est en quelque sorte mise aux enchères et adjugée au plus offrant. Cf. *Od.* XVI, 177, ; XX, 335 ; XXI, 162.

(3) Littéralement qui trouve des bœufs, qui fait acquérir des bœufs à ses parents lorsqu'ils la donnent en mariage.

(4) Cf. Friedreich, p. 279 ; Buchholz, II, 1, p. 134 ; Hruza, I, p. 13, note 22.

(5) Pour Homère la valeur des ἕδνα est souvent considérable. Ainsi il parle de dons immenses, μυρία ἕδνα (*Il.* XXII, 472 ; *Od.* XI, 282) ou infinis, ἀπερείσι' ἕδνα (*Il.* XI, 244). La valeur des présents donnés par Iphidamos est, du reste, assez forte, puisque cent bœufs équivalent à une armure richement dorée.

tout en équivalant encore à une prestation assez importante, il tendait à devenir symbolique [1].

Les ἕδνα sont donnés au père de la jeune fille [2]. C'est ainsi que le mari d'Aphrodite, après avoir établi l'infidélité de son épouse, demande la restitution des ἕδνα à Zeus qui, partant, les avait acquis [3]. Quelquefois cependant le futur ne donne pas d'ἕδνα, ou du moins les remplace par une autre prestation. Ainsi Priam promet sa fille Cassandre à Othryonée sous la condition que celui-ci chassera les Grecs de la Troade. Le μέγα ἔργον auquel s'engage le fiancé correspond aux ἕδνα, et prouve bien le caractère synallagmatique du contrat. Par exception, Agamemnon, lorsqu'il veut adoucir la colère d'Achille, lui offre une de ses filles en mariage ἀνάεδνον, c'est-à-dire sans obligation pour le futur de donner les présents d'usage.

Agamemnon, toujours dans le but que nous venons d'indiquer, en proposant à Achille de lui donner une de ses filles sans l'obligation aux ἕδνα, ajoute : ἐγὼ δ'ἐπὶ μείλια δώσω, tels qu'aucun père n'en donne à sa fille [4]. Les μείλια ainsi donnés par le père de la jeune fille sont le pendant des ἕδνα offerts par le fiancé. On peut y trouver, si l'on veut, l'origine de la dot [5], προίξ, constituée par le kyrios à l'époque historique. Le père, lorsqu'il ne vendait plus réellement sa fille et que l'achat était devenu symbolique, ne la laissait point partir de la maison sans lui faire quelques présents en témoignage de

(1) C'est ainsi que, dans l'ancien droit islandais, le mundr, même réduit à un màrk, n'est point purement symbolique et est encore relativement assez important. Cf. notre étude précitée *loc. cit.*

(2) Homère le dit à maintes reprises : *Il.* XI, 243 et s. ; XVI, 190 ; XXII, 471.

(3) *Il.* VIII, 318, 319.

(4) *Il.* IX, 147 et 289. Agamemnon s'engage à céder à son gendre sept villes avec leurs habitants. D'autres pères sont plus modestes. Ainsi Altès donne à sa fille de l'airain et de l'or (*Il.* XXII, 50). Alcinous promet à Ulysse, s'il épouse Nausicaa, une maison et des richesses (*Od.* VII, 314).

(5) Ainsi une des filles de Priam avait eu de son père des biens considérables: *Il.* XXII, 51. Andromaque est également qualifiée de πολύδωρος : *Il.* XXII, 88.

son affection. On a conjecturé [1], avec assez de vraisemblance selon nous, que les ἕδνα ayant été donnés au père, non plus comme le prix réel de la fiancée, mais plutôt à titre d'arrhes et comme correspondant à la cession faite au fiancé de la puissance exercée sur la femme par le kyrios, étaient ensuite restitués à ce dernier et donnés à la fiancée à titre de μείλια. La conception primitive du mariage, considéré comme une vente-achat, venant à s'affaiblir, les ἕδνα donnés par le fiancé perdirent peu à peu de leur importance, tandis que la dot donnée par le père se développa progressivement et finit par devenir l'institution que l'on rencontre dans le droit attique et dans le droit romain [2].

La conclusion du mariage passe, dans le droit homérique, par trois phases distinctes. La première consiste dans la convention préalable entre le fiancé et le père de la jeune fille. On y précise les conditions de la cession de la puissance sur celle-ci, et on y fixe le montant des ἕδνα offerts par le fiancé et des μείλια donnés par le père. Tout se borne à un échange de promesses comme dans les *sponsalia* du droit romain [3].

Ce contrat était-il obligatoire pour les parties ? C'est ce qu'il est impossible de dire, car Homère ne donne aucune explication à ce sujet [4]. Dans tous les cas, l'état de fiançailles

De même Télémaque, qui était peut être le kyrios de sa mère tant que celle-ci restait dans la maison conjugale, promet de faire de nombreux cadeaux à sa mère à l'occasion de ses noces : *Od.* XX, 343. La dotation semble toutefois, à l'époque homérique, être d'origine assez récente, car elle n'a pas de nom particulier. Cf. Ouvré, p. 292.

(1) Tamassia, p. 24 ; Cf. Ouvré, p. 292.

(2) Cf. Cauvet, *Revue de législ.*, 1845, p. 53; Hermann-Blümner, p. 262, note 6 ; suivant Schœmann (trad. Galuski, I, p. 59) les ἕδνα offerts par le fiancé étaient moins un présent destiné à payer sa femme, bien qu'à l'origine ils aient eu ce caractère, qu'une indemnité de la dot qu'il comptait recevoir.

(3) Il est dit de Priam, lorsqu'il offre sa fille Cassandre à Othryonée : ὑπέσχετο καὶ κατένευσε δωσέμεναι. *Il.* X, 391 et s.

(4) Hruza, I, p. 17. Cet auteur appelle μνηστεία la première phase de la conclusion du mariage.

peut se prolonger longtemps, comme c'est le cas pour Othryonée et Cassandre [1].

Les fiançailles sont suivies de la tradition de la fiancée qui donne le caractère de réalité à un contrat jusqu'alors resté purement consensuel. Le père remplit l'obligation par lui contractée de διδόναι γυναῖκα [2]. Cette tradition s'accomplit vraisemblablement avec certaines formes symboliques, comme la mise de la main de la fiancée dans celle du fiancé [3] en présence de témoins. A partir de ce moment, la femme est dite κουριδίη ἄλοχος [4], épouse légitime.

La formation du mariage se termine par des fêtes qui accompagnent la conduite en pompe de la fiancée à la maison de son époux : c'est le γάμος, dans le sens propre du mot. Le père de la fiancée donne à ses frais un banquet [5], et comme il ne peut y avoir de festin sans sacrifice, les dieux sont invités à bénir l'union [6]. Mais ces solennités n'ont aucune signification juridique [7]. Au banquet succède la conduite solennelle de la nouvelle épouse au domicile du mari. Le but de cette procession est la chambre nuptiale, θάλαμος, qui, à cette époque primitive, a une signification toute spéciale, car elle est le symbole de l'union conjugale [8].

Les règles que nous venons de retracer, d'après Homère, relativement à la conclusion du mariage, ont dû se maintenir pendant un certain temps en Grèce, tout en continuant à évoluer dans le sens que nous avons indiqué. Ces règles, d'ailleurs, étaient-elles particulières aux personnes des classes supérieures qui seules figurent dans la grande épo-

(1) Ouvré, p. 293.
(2) Cette phase du mariage est nommée δόσις par Hruza, *loc. cit.*
(3) Cf. *Il.*, I, 440, 445. Tamassia, p. 25.
(4) V. sur l'étymologie de cette expression, Tamassia, p. 26.
(5) Ainsi que le prouve l'expression δαινύναι γάμον, donner le banquet nuptial et célébrer le mariage sont termes synonymes. Cf. Ouvré, p. 293.
(6) *Il.*, XVIII, 49 et s.; *Od.*, IV, 3, 322 et s.
(7) Hruza, I, p. 18.
(8) V. sur les détails de cette *deductio in domum mariti*, Ouvré, p. 295 et s.

pée ? ou bien étaient-elles communes aux personnes des classes inférieures ? Toute affirmation à cet égard, soit dans un sens, soit dans l'autre, serait purement conjecturale [1] [2].

Dans le droit attique, tel qu'il apparaît à l'époque historique, le mariage se forme de deux manières suivant la situation de la fiancée, [3] soit par ἐγγύησις, soit par ἐπιδικασία. L'ἐγγύησις, qui est le mode ordinaire de formation du mariage, consiste dans un contrat entre le kyrios de la femme et le mari. L'ἐπιδικασία, qui n'a lieu que dans certains cas exceptionnels, notamment lorsqu'il s'agit d'une fille épiclère, consiste dans la revendication en justice de la femme par celui qui y est autorisé par la loi. Que le mariage soit, du reste, contracté par ἐγγύησις ou par ἐπιδικασία, le contrat ou la revendication sont suivis, d'une part, de certaines fêtes ou solennités constituant le γάμος, et, d'autre part, de la γαμηλία, dont nous aurons à déterminer la véritable signification.

§ 2. — *Formation du mariage par engyésis.*

A. — *Définition et caractère de l'engyésis.*

L'ἐγγύησις [4] est le contrat [5] par lequel la personne ayant autorité sur la femme, le kyrios, donne celle-ci en mariage

(1) Hruza, I, p. 18.

(2) Cf. sur l'organisation de la famille à l'époque homérique, outre les auteurs déjà cités : Richter, *Das Familienleben nach Homer* ; Hoffmann, *Die homerische Frau* ; Camboulin, *Etude sur les femmes d'Homère* ; Holub, *Die Frauen Homers* ; Müller, *Ueber das Familienleben der homerischen Zeit* ; De Sault, *Les femmes grecques au temps d'Homère, in Revue germanique*, t. 25 ; Decker, *Stellung der hellenischen Frauen bei Homer.*

(3) Isée (*De Philoct. her.*, § 14) oppose ces deux modes de formation du mariage, lorsqu'en parlant de Callipe, qui avait atteint l'âge de trente ans, il dit qu'elle devait être mariée depuis longtemps, ἢ ἐγγυηθεῖσαν κατὰ νόμον ἢ ἐπιδικασθεῖσαν.

(4) Cf. Démosthène, *C. Leoch.*, § 49 : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ πατὴρ. On trouve aussi comme synonimes du verbe ἐγγυᾶν, les mots ἁρμόττειν (Pollux, III, 34) et γαμίσκειν ou γαμένειν. Cramer, *Anecd. græc.* III, p. 65 ; Schol. sur l'*Il.* IX, 394.

(5) Le caractère contractuel et synallagmatique de l'engyésis est marqué

à son mari. Trois personnes interviennent donc dans cet acte, le kyrios, dont la participation est désignée par le verbe ἐγγυᾶν [1], le futur, ἐγγυώμενος, auquel s'applique le verbe ἐγγυᾶσθαι [2], et la femme, qui est nommée ἐγγυηθεῖσα ou ἐγγυητή [3]. L'engyésis est toujours présentée comme la condition indispensable de la validité et de l'existence même du mariage [4]. Sans elle les enfants qui naissent d'un citoyen et d'une citoyenne d'Athènes ne peuvent revendiquer les droits que confère la légitimité, notamment les droits d'anchistie et de succession [5]. De même, un enfant ne peut être inscrit sur le registre de la phratrie que si celui qui le présente prête le serment qu'il est né d'une mère ἐγγυητή [6] [7].

par les anciens auteurs. Ainsi, d'après Hésychius, vo συνάλλαγμα, le γαμικὸν συμβόλαιον est un συνάλλαγμα. Cf. Dion Cassius, LXIII, c. 13 : ἐγήματο αὐτῷ ἐν τῇ Ἑλλάδι κατὰ συμβόλαιον, ἐκδόντος αὐτὸν Τιγελλίνου ὥσπερ ὁ νόμος ἐκέλευεν.

(1) Le mot ἐγγύη est également employé pour désigner ce contrat. Platon, *Leg.*, VI, p. 774 ; Pollux, III, 34, 35.

(2) Cf. Démosthène, *C. Androt.*, § 53 : ἣν ὡς ἐλεύθερος ἠγγυήσατο.

(3) Cf. Van den Es p. 6 ; Hruza, I, p. 35. — Le mot νύμφη est employé indifféremment pour désigner la femme dans l'intervalle de l'engyésis au γάμος, la nouvelle épouse et même la femme mariée depuis longtemps. V. Hruza, I, p. 44, note 29.

(4) L'union d'un homme et d'une femme qui ne repose point sur une engyésis est qualifiée d'ἀνέγγυος γάμος, et la femme qui a contracté une union de ce genre est dite ἀνέγγυος γυνή. Pollux, III, 34 : καὶ τὸν γάμον ὑπέγγυον ὥσπερ τὸν ἐνάντιον ἀνέγγυον. Cf. Denys d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, II, c. 24 ; Dion Cassius, 59, 12 ; Plutarque, *Quæst. rom.*, c. 103. L'enfant né hors mariage est également nommé ἀνέγγυος. Plutarque, *V. Thesei*, c. 2 ; Platon, *Respub.* p. 461, b. Cf. Hruza, I, p. 19, note 1. — Denys d'Halicarnasse (*loc. cit.*), considère les ἀνέγγυοι γάμοι comme une coutume barbare, et il oppose l'engyésis au mariage par rapt. L'engyésis exclut, en effet, cette dernière institution.

(5) Dans tous les cas où il y a contestation sur la légitimité des enfants, la solution de la difficulté est présentée comme dépendant de la question de savoir s'il y a eu ou non ἐγγύησις. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 6 : πότερον ἐξ ἐγγυητῆς ἢ ἐξ ἑταίρας ἡ ἀμφισβητοῦσα τοῦ κλήρου τῷ θείῳ γυναικὸς εἴη. V. aussi Isée, *De Cir. her.*, §§ 8 et s. ; §§ 20 et s.

(6) Isée, *De Cir. her.*, § 19 ; *De Apollod. her.*, §§ 15 et s. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 54.

(7) On admet généralement que l'ἐγγύησις est une condition essentielle de la

On pourrait croire, en conséquence, que même lorsqu'il s'agit d'une fille épiclère, une engyésis est nécessaire et doit précéder l'ἐπιδικασία pour que le mariage soit valable. Mais cela est inadmissible par la raison que la fille épiclère ἐπιδικασθεῖσα, n'ayant pas de kyrios, il ne pouvait y avoir lieu au contrat d'engyésis où figure nécessairement le kyrios. Aussi afin de concilier ce que disent les textes sur la nécessité d'une ἐγγύησις pour la validité du mariage et la légitimité des enfants, pourrait-on dire que l'expression ἐγγύησις a un double sens, un sens large dans lequel elle s'appliquerait à la fois aux deux modes de formation du mariage admis par le droit attique, et un sens restreint dans lequel elle serait opposée à l'ἐπιδικασία. Une autre explication, plus vraisemblable à notre avis, consiste à dire que le mariage par ἐγγύησις étant la règle tandis que l'ἐπιδικασία était assez exceptionnelle, les orateurs, en exposant les règles concernant la légitimité des enfants, ont dû naturellement se référer au *quod plerumque fit*, au cas d'engyésis, mais qu'ils y comprenaient implicitement le cas d'ἐπιδικασία, celle-ci produisant absolument les mêmes effets juridiques que l'engyésis [1].

L'engyésis ne peut, du reste, fonder qu'un mariage légitime. C'est ce que montre clairement la loi citée dans le second discours attribué à Démosthène contre Stéphanos :

validité du mariage. V. Hermann-Blümner, p. 261-262 ; Platner, *Beitraege* et *Process*, II, p. 249 ; Philippi, *Beitraege*, p. 74 et s. ; Gilbert, I, p. 209 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 507 ; Hruza, I, p. 18 et s. Meier (*De bonis*, p. 67) est toutefois d'un avis contraire et il dit, à cet égard : « Ubi τὸ συνοικεῖν, h. e. concubitus tanquam signum aderat, si modo tres illæ conditiones (à savoir l'épigamie, l'absence d'un premier mariage et celle d'un lien de parenté prohibée) impletæ erant, etiam deficientibus reliquis signis matrimonium erat ». Mais, comme le dit Hruza (I, p. 20, note 6), l'autorité sur laquelle se fonde Meier (Lucien, *Toxar.*, 25) n'a aucune valeur, attendu qu'il s'agit de faits qui se sont passés à Marseille et non à Athènes. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 507.

(1) Cf. Philippi, *Beitraege*, p. 14, 15. Nous reviendrons sur ce point en traitant de l'épidicasie.

ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι..... ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους [1]. On a prétendu, il est vrai, qu'à côté du mariage il pouvait exister un concubinat légitime, également fondé sur une engyésis, et duquel pouvaient naître aussi des enfants légitimes [2]. Mais nous avons précédemment établi l'inexactitude de la théorie du concubinat légitime [3] et, par suite, l'ἐγγύησις demeure, à notre avis, exclusivement réservée à la formation du mariage.

Quel est alors précisément le rôle de l'ἐγγύησις dans la formation du mariage? On reconnaît généralement à l'engyésis le caractère d'un contrat de fiançailles (*sponsalia*) solennel. Au premier abord, en effet, la comparaison de l'engyésis avec les *sponsalia* du droit romain paraît assez naturelle et le mot ἐγγυᾶσθαι paraît bien correspondre au mot *spondere* [4]. L'engyésis, bien que servant à la formation du mariage et indispensable à cet effet, ne serait alors que le contrat en vertu duquel le kyrios de la femme s'engagerait à la donner en mariage au fiancé, qui, de son côté, promettrait de la prendre à titre d'épouse. Le γάμος suivrait alors l'ἐγγύησις, comme en droit romain les *nuptiæ* viennent après les *sponsalia*, et le mariage ne serait parfait qu'après le γάμος [5] [6].

(1) § 18. Cf. Démosthène, *C. Leochar.*, § 49.

(2) Buermann, p. 569 et s.

(3) V. *Supra*, p. 89 et s.

(4) La plupart des auteurs allemands traduisent ἐγγύησις par *Verlobung*. Comme nous ne trouvons pas dans notre langue de terme exactement correspondant au mot ἐγγύησις, nous préférons nous servir du mot grec francisé.

(5) Cf. en ce sens : Platner, *Beitraege*, p. 109 et s.; et *Process*, II, p. 249 et s. ; Meier, *De bonis damn.*, p. 66. 67 ; Wachsmuth, II, p. 168; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 505 ; Hermann-Blümner, p. 261 ; Gans, I, p. 295 n. 2 et p. 298 ; Van den Es, p. 7 et s. ; Ciccotti, p. 21 et s.; Lasaulx, p. 399; B. W. Leist, *Altar.* p. 138 ; Philippi, *Beitraege*, p. 74 ; Pott, *Etymol. Forsch.*, III, p. 126 ; Thumser, *Berlin. philos. Wochensch.*, 1893, p. 87 ; Gilbert, I, p. 181 (1re éd.) qui a depuis abandonné cette opinion. Van den Es (*loc. cit.*) dit notamment à ce sujet : « Verbum ἐγγυᾶν cum proprie *spondere* significet et de unaquaque re usurpetur, ἐγγυᾶν τὴν θυγατέρα ἀνδρί, *despondere filiam viro*, pater dicitur aut omnino is in cujus manu femina est ».

(6) Une autre opinion sur la signification de l'engyésis, émise pour la première

Nous estimons, au contraire, que l'engyésis suffit à elle seule pour fonder le mariage et qu'elle consiste dans la remise solennelle, ordinairement devant témoins, de la fiancée au mari. Le mérite d'avoir mis en relief le véritable caractère de l'engyésis revient à Hruza [1], dont nous nous contenterons de relever les arguments les plus décisifs. Que d'abord l'engyésis suffise pour la formation du mariage et qu'elle ne soit pas un simple acte préparatoire, analogue aux *sponsalia* du droit romain, c'est ce que révèle en premier lieu la formule de la loi citée par l'auteur du second plaidoyer contre Stéphanos [2], et qui détermine les personnes ayant le droit de donner une femme en mariage : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι ἢ πατὴρ κτλ. L'effet direct et immédiat de l'ἐγγύησις c'est donc, d'après ce texte, de conférer la qualité d'épouse, δάμαρτα εἶναι. Si évidemment cet acte avait été simplement préparatoire au mariage, le législateur, qui doit se piquer d'exactitude, n'aurait pas employé l'expression ἐγγυήσῃ, mais une autre qui aurait correspondu à l'acte constitutif du mariage. Cette même loi reconnaît la

fois par Gans (*loc. cit.*) et suivie par Van Stegeren (*De cond. fem. att.*) a été reproduite récemment par Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 52) dans les termes suivants : « L'ἐγγύη est, au sens le plus étroit du mot, l'acte par lequel le kyrios de l'épouse atteste la filiation de celle-ci, la filiation légitime quand la fille est née d'une citoyenne, la filiation naturelle quand elle est née d'une courtisane ou d'une concubine. Les Grecs, au moins les Athéniens, se servaient du même mot dans les deux cas : le verbe ἐγγυᾶν, employé simplement, suffisait à désigner l'attestation de la filiation légitime et c'est le sens qu'il a dans la loi athénienne; dans le second cas, au contraire, on ajoutait une restriction, ἐγγυᾶν ὡς ἐξ ἑταίρας οὖσαν (Isée, *De Pyrrhi her.*, § 52). » — Cette interprétation nous semble tout à fait conjecturale. Elle ne repose, en définitive, que sur le texte d'Isée auquel elle donne une portée qu'il n'avait manifestement pas dans la pensée de l'orateur. Il était tout naturel que le kyrios indiquât la filiation de sa pupille ; mais que cette filiation fût l'objet de l'engyésis, c'est ce que nous nions formellement. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 507, note 78 ; Hruza, I, p. 36, note 3.

(1) V. dans le même sens, Gilbert, 2e éd. I, p. 209. Cf. Ciccotti, p. 25 ; Otto Muller, *in Neue philos. Rundschau*, 1892, p. 330.

(2) Démosthène, C. *Steph.*, II, § 18.

qualité d'enfants légitimes à ceux qui sont nés de la femme ainsi ἐγγυητή, c'est donc que l'engyésis suffit pour la formation du mariage, sinon on n'aurait pas manqué d'indiquer les autres conditions requises pour la légitimité des enfants. De même, lorsqu'il s'agit d'introduire des enfants dans la phratrie, ce qui n'est possible que pour les enfants nés en légitime mariage, la formule ordinaire du serment exigé de celui qui présente l'enfant est que celui-ci est né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς [1]. On rencontre, il est vrai, d'autres formules comme celle-ci : ἐξ ἀστῆς καὶ γεγονότα ὀρθῶς [2], ou bien ἐξ ἀστῆς καὶ γαμετῆς [3], mais précisément la synonymie de ces différentes formules montre que la femme ἐγγυητή est considérée comme mariée aussi bien que celle qui est γαμετή. C'est également en ce sens que Platon entend l'engyésis lorsque, dans son *Traité des lois*, il règle la répartition de la succession paternelle entre les fils et les filles. Si, outre les fils, il y a des filles, le père doit faire à celles-ci une part dans le surplus de sa succession, à moins qu'elles n'aient été déjà données en mariage, car alors elles sont pourvues, quoique n'ayant pas reçu de dot ; or, pour désigner la fille ainsi donnée en mariage, Platon parle uniquement de l'engyésis .

Que l'engyésis ait constitué autre chose qu'une simple promesse réciproque, c'est ce qui résulte de la synonymie des mots ἐγγυᾶν et ἐκδοῦναι, synonymie qui est attestée non-seulement par plusieurs lois [5], mais encore par les plaidoyers des

(1) Isée, *De Cir. her*, § 19. Démosthène, *C. Eubul.*, § 9.

(2) Isée, *De Apollod. her.*, § 16.

(3) Isée, *Pro Euphil.*, § 9.

(4) *Leges*, XI, 7, p. 923 d : θυγατρί τε ὡσαύτως, ᾗ μὲν ἂν ἐγγεγυημένος ὡς ἀνὴρ ἐσόμενος ᾖ, μὴ νέμειν, ᾗ δ'ἂν μή, νέμειν.

(5) Ainsi dans la loi citée par Démosthène (*C. Macart.*, § 54) sur les filles épiclères qui payent le cens de la quatrième classe, il est dit que si le parent le plus proche refuse d'épouser celle qui lui échoit, il est tenu de la marier (ἐκδιδότω) avec une certaine dot. S'il y a plusieurs filles, la famille n'est pas tenue d'en marier (ἐκδοῦναι) plus d'une. De même, dans le discours contre Nééra

orateurs [1]. Un passage d'Isée [2] notamment est tout à fait décisif. L'orateur, demandant quels sont ceux qui pourraient avoir eu connaissance de l'ἔκδοσις de sa mère, dit que ce sont naturellement ceux qui ont procédé à cet acte et qu'il désigne ainsi : τοὺς ἐγγυησαμένους καὶ τοὺς ἐκείνοις παρόντας ὅτε ἐνεγυῶντο. Aussi, par contre, pour désigner le rôle du fiancé dans l'engyésis, et comme synonymes du mot ἐγγυᾶσθαι, certains textes emploient-ils l'expression λαμβάνειν γυναῖκα παρὰ πατρὸς [3], ce qui montre bien qu'il y a, de la part du mari, plus qu'une simple promesse de prendre ultérieurement la jeune fille pour épouse : il la prend, au contraire, dès à présent. Au surplus, cette synonimie des mots ἐγγύησις et ἔκδοσις est également attestée par les grammairiens lorsqu'ils précisent le sens du mot ἐγγυᾶν, non seulement en général [4], mais encore dans son application au mariage [5]. Si d'ailleurs on

§ 52) il est dit, en parlant de celui qui donne en mariage à un Athénien une femme étrangère comme étant sa fille : ἐὰν δέ τις ἐκδῷ ξένην γυναῖκα ἀνδρὶ Ἀθηναίῳ. Que le mot ἐκδοῦναι soit bien ici synonyme d'ἐγγυᾶν, c'est ce qui résulte manifestement du § 53 où Démosthène, parlant de l'accusation dirigée en vertu de cette loi par Phrastor contre Stéphanos, dit que celui-ci comprit que, s'il était convaincu d'avoir donné en mariage la fille d'un étranger, il s'exposait à une peine très sévère et, pour exprimer cette dation en mariage, il se sert alors du mot ἠγγυηκέναι. De même, au § 54, Phrastor déclare qu'il intenta une accusation contre Stéphanos dès qu'il se fut aperçu que celui-ci lui avait donné en mariage (ἐγγυήσαντα αὐτῷ) la fille de Néèra.

(1) Isée, *De Menecl. her.*, §§ 3 et s.; *De Dicæog. her.*, § 26 ; *De Cir. her.*, § 29; *De Aristar. her.*, §§ 6, 19 ; Démosthène, *C. Eubul.*, §§ 41, 43 ; *C. Neær.*, § 113. Ce dernier texte porte : παντελῶς ἤδη ἡ μὲν τῶν πορνῶν ἐργασία ἥξει εἰς τὰς τῶν πολιτίδων θυγατέρας: δι' ἀπορίαν ὅσαι ἂν μὴ δύνωνται ἐκδοθῆναι. Euripide, *Iph. Taur.*, v. 696, dit également : ἣν ἔδωκα σοι δάμαρτ' ἔχειν. Cf. Pollux, III, 34.

(2) Isée, *De Cleon. her.*, § 39 : ἠναγκαζόμεθα καὶ τὰς Κλεωνύμου θυγατέρας ἢ λαβεῖν αὐτοὶ γυναῖκας ἢ προῖκα ἐπιδιδόντες ἑτέροις ἐκδιδόναι. Cf. Isée, *De Astyph. her.*, § 27; *De Pyrrhi her.*, § 63.

(3) Isée, *De Astyph. her.*, § 12 ; *De Cleon. her.*, § 39;— Cf. Isée, *De Pyrrhi, her.*, § 63.

(4) Ammonius (éd. Valckenaar), p. 47 : ἐγγυᾷ καὶ ἐγγυᾶται διαφέρει. ἐγγυᾷ μὲν γὰρ ὁ διδούς, ἐγγυᾶται δὲ ὁ λαμβάνων. Cf. Hésychius, II, p. 8 (Schmidt) ; Eustathius, *Od.*, VIII, 248.

(5) Etymologicum magnum, vº ἐγγύη : ἡ ἐπὶ ἀσφαλείᾳ πίστις ἢ καὶ δόσις

s'en réfère au sens étymologique du mot ἐγγυᾶν, on voit qu'il éveille plutôt l'idée d'une *datio* que celle d'une simple promesse ou d'un cautionnement. Il signifie, en effet, littéralement, mettre dans la main, ἐν γυῖον [1]. Aussi, dans un de ses plaidoyers, Isée se sert-il indifféremment des mots ἐγχειρίζειν et διδόναι comme synonymes d'ἐγγυᾶν [2].

L'engyésis n'a donc pas, en définitive, le caractère d'une simple promesse, comme les *sponsalia* du droit romain et du droit moderne ; elle fonde réellement le mariage et produit le même effet que l'échange des consentements dans le mariage consensuel qui prévaut aujourd'hui. Il y a seulement cette différence entre le droit attique et le droit moderne qu'à Athènes le mariage se parfait, indépendamment de toute manifestation de volonté de la femme, par un contrat passé exclusivement entre le kyrios de celle-ci et le mari. Si, du reste, l'engyésis n'avait constitué qu'une phase préparatoire dans la conclusion du mariage, celui-ci ne serait devenu parfait que par un acte ultérieur, et certainement les orateurs, qui traitent à chaque instant dans leurs plaidoyers du mariage et de ses effets, nous auraient parlé de cet acte décisif pour la formation du lien matrimonial. Il y a bien, il est vrai, postérieurement à l'engyésis, la noce, γάμος. Mais les formalités du γάμος, qui ne sont point obligatoires pour la validité du mariage et la légitimité des en-

χρημάτων καὶ γάμου. ἔνθεν ἐγγυῶ τὸ ἐκδίδωμι. Pollux, III, §§ 34, 35 : ὁ δὲ πενθερὸς ἐγγυᾷ ἁρμόζει, ἐκδίδωσι καὶ τὸ πρᾶγμα ἔκδοσις. Lexic. Seguer. (Bekker), I, p. 140, vo ἐγγυῶ : ἐπὶ τοῦ μνηστεύειν αἰτιατικῇ ἐκ τοῦ κατὰ Νεαίρας « ἐγγυῶντα δὲ τὰς τῶν ἑταιρῶν θυγατέρας ὡς αὐτοῦ οὔσας ». καὶ ἐπὶ ἑτέρου σημαινομένου, ἐγγυῶ ἐπὶ τοῦ διδόντος, ἐγγυῶμαι δὲ ἐπὶ τοῦ λαμβάνοντος.

(1) Hésychius, II, p. 5, vo ἐγγυαλίζαι : ἐγχειρίσαι, δοῦναι εἰς χεῖρας... καλοῦνται δὲ γυῖα αἱ χεῖρες. Cf. Cramer, *Anecd. gr.* III, p. 192 (Schol. sur l'Il. IV, v. 346) ; Hruza, I, p. 39, note 16.

(2) Isée, *De Apoll. her.*, § 12 : καίτοι δοκοῦσιν ἐπιγαμίαι καὶ μὴ συγγενεῖς ἄνδρας ἀλλὰ καὶ τοὺς τυχόντας ἀπαλλάττειν μεγάλης διαφορᾶς, ὅταν ἃ περὶ πλείστου ποιοῦσιν, ταῦτ' ἀλλήλοις ἐγχειρίζωσιν. εἴτ' οὖν Εὔπολις γεγένηται αἴτιος μὴ δοῦναι βουληθείς, εἴτ' Ἀπολλόδωρος λαβεῖν μὴ ἐθελήσας, τὰς ἔχθρας ὅτι διέμεινα τὸ ἔργον δεδήλωκε.

fants, correspondaient simplement à la *deductio in domum mariti* du droit romain; elles aboutissaient à la consommation du mariage, mais celui-ci n'en était pas moins formé, *ratum*, dès l'engyésis.

L'engyésis n'a point, d'ailleurs, seulement pour objet la dation de la fiancée à son mari, elle est ordinairement accompagnée des stipulations relatives à la dot. Il n'y a guère, en effet, de mariage sans dot et, au temps des orateurs, si la dot n'est pas essentielle à la validité du mariage, elle est presque indispensable pour sa preuve, et ce n'est guère que par l'apport d'une dot que le mariage légal se distingue du concubinat [1]. Cette relation étroite entre l'engyésis et la dot est attestée d'une manière bien nette dans une inscription de Myconos où il est dit : ὁ δεῖνα τὴν θυγατέρα ἐνηγγύησε γυναῖκα τῷ δεινὶ καὶ προῖκα ἔδωκε [2].

L'engyésis est, en général, suivie immédiatement du γάμος. On ne peut, il est vrai, produire aucune preuve à l'appui de cette affirmation. Mais précisément le silence gardé par le législateur et par les jurisconsultes sur ce point montre qu'ils ne se préoccupaient point du cas tout à fait exceptionnel où ces deux actes n'avaient pas lieu en même temps, et c'est pour cela que, considérant uniquement les usages suivis, ils confondent quelquefois en droit ce qui se trouvait confondu en fait [3]. On ne pouvait donc guère songer à un refus de la part de l'ἐγγυώμενος d'introduire sa femme dans sa maison.

(1) Cf. Van den Es, p. 7, 39 et s.; Schœmann, sur Isée, p. 233; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Dos*, p. 388 et s.; Philippi, Beitræge, p. 76. V. *infra*, sect. IV, art. 1, § 2.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s. D'après une inscription de Ténos (*Corp. inscr. græc.*, n. 2338 *b*, l. 5), on voit que la dot s'ajoute en quelque sorte à l'épouse : ὁ δεῖνα τῷ δεινὶ ἐπίδωκεν ἐπὶ τῇ θυγατρὶ τῇ αὐτοῦ. Démosthène dit également, dans le plaidoyer contre Spoudias, § 6 : ἠγγύα μοι.. τὴν θυγατέρα ἐπὶ τετταράκοντα μναῖς. Cf. Hruza, I, p. 46, note 33.

(3) C'est ainsi que la formule du serment pour la présentation d'un enfant à la phratrie est indifféremment rapportée dans les termes suivants : ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς, ou dans ceux-ci : ἐξ ἀστῆς καὶ γαμετῆς γυναικὸς.

L'engyésis pouvait cependant, soit en raison de la volonté des parties, soit par la force même des choses, précéder d'un temps plus ou moins long le γάμος, la consommation du mariage. Des cas de ce genre nous ont même été conservés par les orateurs. Ainsi quand le père de Démosthène mourant donne sa femme Cléoboulé à Aphobos et sa fille âgée de cinq ans à Démophon, la *deductio in domum* de Cléoboulé ne pourra avoir lieu qu'après que celle-ci aura rendu les derniers devoirs à son mari, et la sœur de Démosthène ne pourra devenir l'épouse de Démophon qu'après avoir atteint sa majorité, c'est-à-dire après un délai de dix ans [1]. Dans ces deux cas précisément l'engyésis, au moment de laquelle il y avait eu, comme d'habitude, constitution de la dot, n'a pas été suivie du γάμος, et l'orateur nous dit qu'Aphobos, après avoir reçu la dot de Cléoboulé, a épousé une autre femme.

La question pouvait alors se poser de savoir quelle était la force obligatoire de l'engyésis et si, en vertu de cet acte, l'une des parties contractantes avait le droit de contraindre l'autre à remplir son obligation. Le mari pouvait-il forcer le kyrios à lui remettre la jeune fille et le kyrios pouvait-il obliger le mari à conduire celle-ci au domicile conjugal? La réponse à cette question ne paraît pas douteuse si l'on se réfère aux principes du droit athénien concernant le divorce et les pouvoirs du kyrios. Ainsi d'abord le mari étant toujours maître, après la consommation du mariage, de répudier sa femme par sa seule volonté et même sans avoir à en donner de motif, à plus forte raison doit-il avoir le droit de renoncer à un mariage qui, bien que légalement formé, n'est point encore consommé [2]. La femme, il est vrai, ne jouit point, quant au divorce, de la même liberté

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 4 et s.; III, § 43.

(2) La séparation des époux, en cas de simple engyésis, sans consommation du mariage, serait alors qualifiée, d'après Meier, Schœmann et Lipsius (p. 509, note 81) de διαζύγιον, *repudium* et non *divortium*.

que le mari, et le délaissement procédant de sa volonté, ἀπόλειψις, par opposition à l'ἀποπομπή de la part du mari, n'est admissible que s'il repose sur un juste motif. On pourrait croire, dès lors, que le mari a le droit de revendiquer sa femme, à moins que celle-ci ne puisse invoquer une cause légitime de divorce. Il ne faut point cependant perdre de vue cet autre principe que le kyrios de la femme peut par sa seule volonté dissoudre le mariage de sa pupille [1], et partant une action intentée par le mari et tendant à la tradition de la femme promise par le kyrios viendrait, à plus forte raison, échouer devant une déclaration négative de ce dernier. Il existe, sans doute, une loi citée par Sopater [2] qui paraît rendre le contrat obligatoire pour les parties : τὰς μνηστείας κυρίας εἶναι. Mais cette loi, à supposer qu'elle ait la signification qu'on lui prête, n'a pas dû être reçue à Athènes [3].

L'engyésis ne donne donc aucune action en exécution de la stipulation principale contenue au contrat de livrer et de prendre la femme [4]. Si toutefois l'engyésis a été accompagnée de la constitution et du versement de la dot entre les mains du mari, celui-ci peut être soumis, en cas de rupture, à une action en restitution de la dot, capital et intérêts, conformément au droit commun [5]. Peut-être aussi y a-t-il lieu, en cas de rupture de l'engyésis, à des actions analogues à la δίκη ἀποπομπῆς et à la δίκη ἀπολείψεως qui peuvent être exercées en cas de divorce [6].

(1) Démosthène, *C. Spudiam*, § 4, V. *infra*, tit. II, ch. I, sect. V.
(2) Schol. Hermog., IV, p. 103, W. Cf. Meursius, *Them. att.*, II, 13.
(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 508 ; Hruza, I, p. 43.
(4) De même, en droit romain, aucune action en justice n'était possible au cas où la parole donnée lors des *sponsalia* avait été violée, ce qui fait qu'on joignait d'ordinaire à la promesse une *stipulatio pœnæ* ou une dation d'arrhes. May, I, p. 126.
(5) Platner, *Process*, II, p. 249 ; Mayer, t. 2, p. 333 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 508 ; Hruza, I, p. 47.
(6) V. *infra*, tit. II, ch. I, sect. V.

Si l'engyésis ne correspond point, comme nous l'avons admis, aux *sponsalia* du droit romain et suffit, au contraire, pour former le mariage, n'existe-t-il pas du moins dans le droit attique un contrat analogue aux fiançailles? Il est difficile de se prononcer à ce sujet, car on n'en trouve aucune trace. Si les fiançailles véritables avaient été dans les usages, nous aurions au moins connaissance du terme technique qui servait à les désigner. Or on ne rencontre, en matière de mariage, que les mots ἐγγυᾶν et ἐκδιδόναι qui, comme nous l'avons vu, servent à désigner la formation même du mariage et non une simple promesse préalable. Le mariage étant d'ailleurs déterminé à Athènes par des raisons de famille ou d'intérêt plutôt que par des considérations d'affection, et la femme n'y jouant qu'un rôle purement passif, sans avoir à exprimer un consentement quelconque, on ne conçoit guère le but et l'utilité d'un contrat de fiançailles préalable au contrat de mariage. Tout devait se régler en une seule fois et définitivement, par une convention unique, qui est l'engyésis [1].

Le mariage par voie d'engyésis paraît remonter, dans le droit attique, à une époque fort reculée. C'est ce dont témoi-

(1) Cf. en ce sens Hruza, I, p. 42, 43. — On peut voir toutefois dans un passage de Thucydide quelque chose d'analogue à la distinction des fiançailles et du mariage. Cet historien nous dit, II, c. 101, § 5 : τὸν δὲ Σεύθην κρύφα Περδίκκας ὑποσχόμενος ἀδελφὴν ἑαυτοῦ δώσειν καὶ χρήματα ἐπ' αὐτῇ προσποιεῖται... § 6 : Περδίκκας δὲ ὕστερον Στρατονίκην τὴν ἑαυτοῦ ἀδελφὴν δίδωσι Σεύθῃ ὥσπερ ὑπέσχετο. Il y a donc eu ici promesse préalable de la part de Perdiccas de donner sa sœur en mariage à Seuthès et, plus tard, en exécution de cette promesse, Perdiccas donne (δίδωσι) sa sœur à Seuthès, c'est-à-dire procède à l'engyésis, puisque, comme nous l'avons vu, ἐγγυᾶν et διδόναι sont synonimes. Cf. Hruza I', p. 177-178. — Pollux, III, §§ 34 et 35, paraît également distinguer entre les fiançailles, qu'il qualifie de μνηστεία et l'ἐγγυή : ὁ μὲν οὖν ἀνήρ τῇ γυναικὶ πρὸ τοῦ γῆμαι μνηστὴρ καὶ μνώμενος, καὶ τὸ ἔργον μνηστεία καὶ μνηστεύσασθαι, καὶ μνηστὴ ἡ νύμφη, ὡς Ὅμηρος, « γῆμ' ἄλοχον μνηστήν. » τὴν δ'αὐτὴν καὶ ἐγγυητὴν ἂν εἴποις· καὶ τὸ πρᾶγμα ἐγγύην, καὶ τὸ ῥῆμα ἐγγυήσασθαι καὶ ἐγγυῆσαι κτλ. Mais peut-être Pollux se réfère-t-il à l'époque homérique, où les fiançailles constituaient une phase distincte dans la conclusion du mariage. V. *supra*, p. 118.

gne la présence du mot δάμαρ dans la loi [1] qui règle l'exercice du droit du kyrios de procéder à l'ἐγγύησις. De même, l'emploi par Hérodote [2] des mots ἐγγυᾶν et ἐγγυᾶσθαι est une preuve de leur ancienneté. L'engyésis, dont l'existence est attestée dans les lois de Solon, a-t-elle été substituée par ce législateur à une autre coutume, ou bien Solon s'est-il borné à la réglementer, comme il l'a fait pour plusieurs autres institutions relatives soit aux femmes en général, soit au mariage? La dernière hypothèse nous paraît la plus vraisemblable [3]. L'ancienneté du mariage par voie d'engyésis est d'autant plus probable que cette institution n'est point spéciale à Athènes et qu'elle paraît commune à toute la Grèce [4]. Son existence est attestée à Myconos [5], à Kéos [6], à Sparte [7] et en Messénie [8], et il y a tout lieu de croire qu'elle était également pratiquée dans les autres cités grecques.

B. — *Des parties contractantes.*

L'engyésis est un contrat qui se passe exclusivement entre le futur époux et celui des parents de la femme qui a sur elle l'autorité de kyrios, conformément aux règles que nous

(1) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 18.

(2) VI, c. 132. Cf. Hruza, I, p. 44.

(3) Cf. Philippi, *Beitraege*, p. 77 ; Hruza, I, p. 25 et 44.

(4) Aussi Denys d'Halicarnasse (II, 24) traite-t-il le mariage des barbares d'ἀνέγγυοι γάμοι en l'opposant ainsi au mariage grec.

(5) V. Dareste Haussoulier et Reinach, p. 49, l. 2.

(6) Plutarque, *Moralia* (Dübner), I, p. 708.

(7) Hérodote, VI, 57. Cf. Janet, *Instit. sociales*, p. 108.

(8) Pausanias (IV, 9, § 5) rapporte la manière dont un mariage se concluait en Messénie : ἀνήρ τῶν Μεσσηνίων (τὸ δὲ ὄνομα οὐ λέγουσιν) ἐρῶν ἔτυχε τοῦ Ἀριστοδήμου θυγατρὸς, τότε δὲ ἔμελλε καὶ γυναῖκα ἄξεσθαι. Οὗτος καταρχὰς εἰς ἀμφισβήτησιν Ἀριστοδήμῳ προῆλθεν, ἐκεῖνου μὲν ἐγγυήσαντα οἱ μηκέτι εἶναι κύριον ἐτῆς παιδὸς, αὐτὸς δ'ἐγγυησάμενος κυριώτερος ἐκεῖνουγε νέσθαι, δεύτερα ὡς τοῦτο ὥρα οἱ κατορθούμενον κτλ.

poserons ultérieurement sur la tutelle des femmes, et qui se trouvent résumées dans la loi citée par Démosthène au § 18 du second plaidoyer contre Stéphanos [1]. La future épouse n'y est sans doute point étrangère, car son assentiment, s'il n'est pas exigé par la loi, semble requis par les mœurs, mais juridiquement la femme ne joue aucun rôle dans le contrat, elle n'en est que l'objet, et les seules parties contractantes sont le kyrios et le futur mari. Le mariage constitue donc une exception très notable aux principes généraux qui gouvernent la capacité de la femme dans le droit attique. En règle, comme nous le verrons en étudiant la matière de la tutelle, c'est la femme qui figure elle-même dans les actes juridiques où elle est intéressée, et son tuteur, son kyrios, n'a d'autre fonction que de *praestare auctoritatem*. Ici au contraire, bien qu'il s'agisse de l'acte le plus important dans l'existence de la femme, celle-ci ne prend aucune part au contrat qui peut se conclure en son absence et sans qu'on ait à tenir compte de sa volonté. Cette dérogation exorbitante au droit commun, qui n'était même pas admise à Rome [2], où cependant la puissance paternelle avait un caractère si énergique, ne peut s'expliquer que par l'intérêt de la famille qui, avec la législation si étrange concernant les filles épiclères, avait fait admettre la tutelle perpétuelle des femmes, plus rigoureuse encore à Athènes qu'à Rome. Il est possible que les plus nobles esprits de la Grèce aient senti la nécessité morale du consentement de la femme au mariage [3]; en tous

(1) A Sparte également, le citoyen qui recherche une fille en mariage doit d'abord s'assurer le consentement du père ou du parent qui a autorité sur elle. En cas de contestation sur le point de savoir à qui, parmi plusieurs prétendants, la femme doit échoir, les rois tranchent la difficulté. Elien, *Var. hist.*, VI. Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 305.

(2) L. 11, D. *De sponsal.*, XXIII, 1. Peut-être cependant le très ancien droit romain donnait-il au *pater* le droit de forcer les filles à se marier contre leur volonté. May, t. I, p. 126.

(3) V. Xénophon, *Economique*.

cas, ils n'en ont jamais fait introduire la notion dans les textes juridiques [1].

L'intervention du kyrios [2] dans le contrat d'engyésis a pour unique fondement la puissance tutélaire attachée à ce titre. Le droit de donner la femme en mariage n'est point un attribut de la puissance paternelle, car il est accordé à des personnes qui ne sauraient avoir cette puissance et, d'un autre côté, la puissance paternelle devrait s'étendre sur le fils comme sur la fille; or, nous verrons que le fils est absolument libre de se marier comme il lui plaît. De plus, cette intervention apparaît uniquement comme l'exercice d'un droit: l'idée de protection y est absolument étrangère. Aussi la mère n'a-t-elle légalement aucun avis à exprimer sur le mariage que le père veut faire contracter à sa fille [3].

Le kyrios ayant, en principe, le droit absolu de disposer de sa pupille, est d'abord maître de lui donner un époux ou de ne pas la marier. Il peut la garder indéfiniment chez lui, sans qu'elle ait une action pour le contraindre à la marier [4]. Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'il y avait une obligation morale pour le kyrios de donner un époux à sa pupille [5].

(1) Platon, dans son *Traité des lois* (VI, 774 et s.), adopte l'ancienne conception du mariage où la volonté de la femme n'apparaît pas. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 62.

(2) Cette intervention du kyrios est expressément exigée pour que l'engyésis soit κύρια. Platon, *Leges*, VI, 17, p. 774, d : ἐγγύην δὲ εἶναι κυρίαν πατρὸς μὲν πρῶτον κτλ. Cf. Démosthene, *C. Phænip.*, § 12 : κυρία ὁμολογία ; Isée, *De Menecl. her.*, § 26 : κυρία διαθήκη.

(3) Cf. Ciccotti, p. 23.

(4) Isée. *De Philoct. her.*, § 51 : καὶ πότερον δεῖ τὴν ἀδελφὴν Φιλοκτήμονος ἢ Χαιρέα συνῴκησε, νῦν δὲ χηρεύει ἐπὶ τούτοις γενέσθαι ἢ ἐκδοῦναι ὅτῳ βούλονται ἢ ἐᾶν καταγηράσκειν

(5) Cela résulte de ce passage d'Isée, *De Philoct. her.*, § 14 : ὥστ' οὔτ' ἐπιτροπεύεσθαι προσῆκε τὴν Καλλίππην ἔτι τριακοντοῦτιν γε οὖσαν οὔτε ἀνέκδοτον καὶ ἄπαιδα εἶναι, ἀλλὰ πάνυ πάλαι συνοικεῖν, ἢ ἐγγυηθεῖσαν κατὰ νόμον ἢ ἐπιδικασθεῖσαν. L'orateur ne croit pas possible que Callipe, parvenue a l'âge de trente ans, fût encore sous l'autorité de son tuteur, sans que celui-ci l'ait donnée en mariage. Cf. Hermann-Thalheim, p. 9, note 1.

Le kyrios a, d'autre part, toute liberté pour choisir le mari de sa pupille [1]. Celle-ci ne peut-elle pas du moins protester, comme la fille de famille romaine, « *si indignum moribus vel turpem sponsum pater eligat* [2]? » Nous ne pensons pas que la pupille soit, en pareil cas, entièrement désarmée, et nous estimons qu'elle peut alors intenter contre son kyrios l'εἰσαγγελία κακώσεως, action qui est ouverte, d'une manière générale, à tous les incapables, femmes, orphelins, héritières contre leurs représentants légaux, lorsque ceux-ci commettent à leur égard un acte blâmable, dont le caractère devait être ici abandonné à l'appréciation du juge [3]. Le kyrios est maître, d'autre part, de procéder à l'engyésis à une époque quelconque, même si sa pupille est encore impubère. C'est ainsi que le père de Démosthène donne sa fille en mariage quand elle n'avait encore que cinq ans [4]. Mais alors la consommation du mariage ne peut naturellement avoir lieu qu'après que la fille a atteint l'âge de la puberté [5].

Le kyrios peut, en principe, comme nous le verrons ultérieurement, déléguer à un tiers l'exercice de ses fonctions tutélaires, et cette délégation peut avoir lieu pour le mariage de sa pupille aussi bien que pour tout autre acte où celle-ci est intéressée. A défaut de pouvoir préalable, la ratification par le kyrios de l'engyésis à laquelle il a été procédé par un tiers équivaut à un mandat. Nous en avons un exemple dans un plaidoyer d'Isée [6] où l'on voit le kyrios

(1) Naumachius, *in* Stobée, LXXIV, 7 : ἔστω σοι πόσις οὗτος, ὅν ἂν κρίνωσι τοκῆες. Quelquefois les Hyménées retentissent déjà que la fiancée ignore encore le nom de son futur mari. V. Hermann-Blümner, p. 261, note 4.

(2) L. 12, D. *De sponsal.*, XXIII, 1.

(3) *Contra*, Hruza, I, p. 73, note 55.

(4) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5.

(5) Il en était de même en droit romain pour les fiançailles. L. 4, D. *De sponsal.*, XXIII, 1 : « Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos. »

(6) Isée, *De Astyph her.*, § 29.

laisser, par des raisons de convenance, au beau-père de la fiancée, le soin de la marier, en ratifiant plus tard l'engyésis consentie par le beau-père [1].

Les mœurs viennent d'ailleurs adoucir quelquefois la rigueur du droit du kyrios et la femme peut, dans certains cas exceptionnels, être consultée sur le choix de son mari [2]. Ainsi dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ménéclès [3], on voit une femme consultée par ses frères, ses kyrioi, sur la proposition qui lui est faite de quitter son mari pour en prendre un autre. Ils arrivent à la persuader non sans peine, mais ils ont soin de faire ressortir la délicatesse de leur procédé et ils ne songent point, du reste, à dire qu'ils lui aient permis de désigner elle-même son second mari. Aussi peut-on affirmer qu'en règle la femme ne dispose pas d'elle-même, et cette absence de liberté dans son choix est parfaitement caractérisée par les expressions διδόναι, ἐκδιδόναι employées, ainsi que nous l'avons vu, comme synonymes d'ἐγγυᾶν, de sorte que la femme athénienne est véritablement *donnée* en mariage par son kyrios [4].

C'est le futur mari qui, dans l'engyésis, stipule lui-même du kyrios la tradition de la pupille. Il faut naturellement, pour figurer dans ce contrat, que le fiancé soit majeur, c'est-à-dire qu'il ait été inscrit sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον. A cette époque cessent la puissance paternelle ou la tutelle, et le citoyen majeur a pleine capacité pour procéder seul à

(1) L'engyésis à laquelle il a été procédé par celui qui n'était pas le kyrios légal est frappée de nullité ainsi que cela résulte du fragment suivant d'Hypéride, *C. Athenog.*, VII, 10 et s. : ἀλλὰ μὴν οὐκ ἀπέχρησε τῷ νομοθέτῃ τὸ ἐγγυηθῆναι τὴν γυναῖκα ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἢ τοῦ ἀδελφοῦ, ἀλλ' ἔγραψε διαρρήδην ἐν τῷ νόμῳ· ἣν ἂν ἐγγυήσῃ τις ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα, ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους, καὶ οὐκ ἐάν τις ψευσάμενος ὡς αὑτοῦ θυγατέρα ἐγγυήσῃ ἄλλοθεν οὖσαν· ἀλλὰ τὰς μὲν δικαίας ἐγγύας κυρίας, τὰς δὲ μὴ δικαίας ἀκύρους καθίστησιν ὁ νόμος.

(2) Cf. Hruza, I, p. 75; Ciccotti, p. 23.

(3) Isée, *De Menec. her.*, §§ 8, 9.

(4) Cf. Desjardins, *Condition de la femme*, p. 601 ; Dareste, *Science du droit*, p. 62.

son mariage comme à tous les autres actes de la vie civile. Le père du futur époux n'a donc point à intervenir pour donner son consentement au mariage, et le fils est entièrement libre de se marier quand et comme il lui plaît. Le père de famille était sans doute intéressé à ce mariage destiné à donner naissance à des enfants qui perpétueraient son culte, mais le droit attique, à la différence du droit romain [1], n'a pas considéré que ce fût là une raison suffisante pour contraindre le fils à se munir du consentement paternel après avoir atteint sa majorité. Le père ne peut donc avoir qu'un conseil à donner, qu'un vœu à exprimer. Ainsi dans le second plaidoyer de Démosthène contre Bœotos, on voit Mantithée, à peine âgé de dix-huit ans, se marier sur la prière de son père, qui l'engage à épouser la fille d'Euphémos. Mais Mantithée a bien soin de faire ressortir qu'il se conforme au désir de son père, qu'il veut lui faire plaisir [2], ce qui exclut toute idée, soit d'un consentement que le père aurait eu à donner, soit à plus forte raison d'un ordre qu'il aurait pu donner à son fils. Isée met de même dans la bouche d'un fils les paroles suivantes : « Ménéclès me cherchait une femme et disait qu'il fallait me marier ; je prends la fille de Philonidas », ce qui implique également chez le fils la liberté du choix. On a prétendu néanmoins que le père de famille pouvait choisir la fiancée de son fils, et même conclure l'engyésis en l'absence de celui-ci [3]. Mais cette assertion, qui repose exclusivement sur quelques vers des comiques latins [4], où sont reproduites les

(1) Cf. § 7, Inst., *De adopt.* : ne ei invito suus heres adgnascatur.

(2) Démosthène, *C. Bœotum*, II, § 12 : ἐμὲ δ'εὐθὺς ἔπεισε.... τὴν Εὐφήμου γῆμαι θυγατέρα.... ἐγὼ δὲ... νομίζων... ἐμὲ τοὐναντίον εὐφραίνειν ἅπαντα ποιοῦνθ' ὅσ' ἐκείνῳ χαριεῖσθαι μέλλοιμι, ἐπείσθην αὐτῷ.

(3) Cf. Iwan Müller, *Handbuch*, IV, I, p. 447 ; Hermann-Blümner, p. 261, note 4.

(4) Térence, *Andr.* V. 253 et s. :....... præteriens modo
Mi apud forum : uxor tibi ducenda 'st, Pamphile, hodie, inquit : para,
Abi domum.

mœurs romaines plutôt que le droit grec, nous paraît absolument contredite par les autorités précédemment citées, et elle ne tient aucun compte de la différence profonde qui existait entre la *patria potestas* à Rome et la puissance paternelle à Athènes [1].

Le seul cas où le consentement d'un tiers paraisse nécessaire pour l'engyésis est celui où il s'agit du mariage d'un affranchi; il semble alors que celui-ci doive obtenir l'autorisation de son ancien maître [2], mais cela n'est point démontré [3].

De même que l'intervention personnelle du kyrios n'est pas nécessaire dans l'engyésis, de même le futur époux nous paraît avoir le droit de procéder à ce contrat par un mandataire [4]. Il n'y en a cependant aucun exemple [5].

Le futur mari, dont le consentement au contrat était absolument libre en principe, pouvait cependant, dans un cas exceptionnel, être contraint indirectement au mariage, à savoir en cas de viol. Hermogène [6] prétend que celui qui avait violé une vierge avait à choisir entre la mort et le mariage, sans dot, avec la femme lésée, si celle-ci ou ceux qui avaient autorité sur elle y consentaient. De même Plaute et Térence, dans plusieurs de leurs comédies [7] dont la scène se passe à Athènes, disent que l'auteur d'un viol était obligé d'épouser la fille déshonorée, sans pouvoir exiger une dot des parents. Ces allégations paraissent, il est vrai, contredites par une loi de Solon [8] qui se contente d'in-

(1) Cf. Desjardins, p. 600-601; Hruza, I, p. 50.

(2) Platon, *Leges*, XI, p. 915 *a*; Cf. Hermann-Thalheim, p. 23.

(3) V. *infra*, liv. I, tit. IV.

(4) Hruza, I, p. 50.

(5) Le mariage était ordinairement négocié par des entremetteuses, προμνήστριαι. V. Hermann-Blümner, p. 261, texte et note 4.

Π. στασ. 10, p. 59, w.

Plaute, *Aulul.*, IV, 10, 62 s.; Térence, *Adelph.*, IV, 6, 7 s.; *Andr.*, IV,

8) Plutarque, *Solon*, 28.

fliger une amende de cent drachmes au coupable, et, d'autre part, les différents auteurs qui parlent de la répression du viol ne s'expriment pas en termes concordants [1]. Néanmoins il paraît assez probable que les parents de la fille outragée pouvaient, ou bien, au moyen d'une action βιαίων, conclure au paiement d'une amende, ou bien intenter contre le coupable une action tendant à la conclusion du mariage de celui-ci avec sa victime [2].

C. — *Formes de l'engyésis.*

L'engyésis, un des contrats les plus importants du droit, devait naturellement comporter certaines formes solennelles destinées à constater d'une façon absolument certaine l'échange des consentements. C'est à cette solennité des formes que fait vraisemblablement allusion la loi citée dans le second plaidoyer contre Stéphanos, § 18, ou il est dit : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι, — ἐπὶ δικαίοις, c'est-à-dire *rite* [3]. Quelles sont donc ces formes prescrites par la loi? Le plus ancien témoignage à ce sujet nous paraît fourni par Hérodote [4] dans le récit qu'il nous fait du mariage d'Agariste, fille de Clisthène, tyran de Sicyone. Celui-ci, ayant réuni les prétendants à la main de sa fille, leur tint un discours dont la conclusion, qui constitue l'engyésis, est exprimée en les termes suivants : τῷ δὲ Ἀλκμέωνος Μεγακλέϊ ἐγγυῶ

(1) V. les différents textes relatifs à la question cités par Meursius, *Themis attica*, I, 7.

(2) V. en ce sens : Meier, Schömann et Lipsius, p. 509 ; Mayer, t. 2, p. 333 ; Thonissen, p. 320 et s.

(3) Cf. Telfy, *Corp. jur. att.*, n° 1347. — Peut-être aussi ces mots font-ils allusion aux effets du mariage et correspondent-ils aux expressions γυνὴ κατὰ τοὺς νόμους, ἐγγυῆσαι κατὰ τοὺς νόμους, γαμεῖν κατὰ τοὺς νόμους, qui sont employées pour désigner le mariage légal. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 4 ; *De Philoct. her.*, § 14 ; Démosthène, *C. Stephan.*, § 55 ; *C. Eubul.*, § 69. — Cf. Hruza, I, p. 76-77.

(4) VI, c. 131.

παῖδα τὴν ἐμὴν Ἀγαρίστην νόμοισι τοῖς Ἀθηναίων. Φαμένου δὲ ἐγγυᾶσθαι Μεγακλέους ἐκεκύρωτο ὁ γάμος Κλεισθένει. Il s'agit ici, bien que la scène se passe à Sicyone, d'une engyésis conclue conformément au droit attique [1]. Or, on y voit d'abord que le contrat se passe en présence de témoins. Cette présence des témoins est attestée à plusieurs reprises par les orateurs athéniens. Les témoins, amenés par chacune des parties et pris parmi les parents ou amis, sont en général assez nombreux, eu égard à l'importance du contrat [2]. Les témoins appelés à constater l'engyésis servent en même temps à attester la constitution de dot qui accompagne habituellement cet acte [3].

Quel est précisément leur rôle lors de l'ἐγγύησις, et leur présence est-elle requise *ad solemnitatem* ou bien seulement *ad probationem ?* Il est difficile, en l'absence de tout renseignement précis, de donner une solution certaine. Démosthène [4] affirme, il est vrai, que jamais, en pareil cas, on n'agit sans témoins. « C'est pour cela, dit-il, que nous célébrons des noces et que nous invitons nos plus proches parents. Ce n'est pas peu de chose, il s'agit de confier à d'autres l'existence de nos sœurs et de nos filles, et c'est bien le cas ou jamais de prendre nos sûretés. » L'orateur semble ainsi considérer la présence des témoins

(1) Suivant Hruza (I, p. 76), Clisthène observe qu'il agit conformément au droit attique, parce qu'ailleurs un contrat purement verbal n'aurait pas suffi et qu'un écrit aurait été nécessaire. Hruza cite à l'appui de la nécessité d'un écrit, l'inscription de Myconos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 49 et s.) où se trouvent enregistrés des mariages et des constitutions de dot. Mais la rédaction d'un acte écrit n'était peut être à Myconos comme à Athènes qu'un surcroit de précaution.

(2) Arg. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 29.

(3) Isée, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 21 : μὴ γὰρ ὅτι πρὸς τοῦτον τοιοῦτον ὄντα, ἀλλ' οὐδὲ πρὸς ἄλλον οὐδ' ἄν εἷς οὐδένα τοιοῦτον συνάλλαγμα ποιούμενος ἀμαρτύρως ἄν ἔπραξεν, ἀλλὰ τῶν τοιούτων ἕνεκα καὶ γάμους ποιοῦμεν καὶ τοὺς ἀναγκαιοτάτους παρακαλοῦμεν, ὅτι οὐ πάρεργον, ἀλλ' ἀδελφῶν καὶ θυγατέρων βίους ἐγχειρίζομεν, ὑπὲρ ὧν τὰς ἀσφαλείας μάλιστα σκοποῦμεν.

plutôt comme une sûreté que comme une formalité essentielle pour la validité du contrat. Leur absence exposait donc seulement à des difficultés de preuve, lorsque des contestations venaient à surgir sur l'existence du mariage, et qu'on ne pouvait point établir cet acte au moyen de preuves tirées des autres formalités qui suivaient l'engyésis, à savoir le γάμος et le payement de la γαμηλία.

Le contrat d'engyésis ne se forme que par l'échange du consentement des parties. On peut se demander s'il suffit à cet égard que la volonté des parties de donner et de recevoir la femme, objet du contrat, soit manifestée d'une manière formelle, ou bien si l'expression de cette volonté est liée à l'emploi de certaines formules solennelles, ainsi que cela avait lieu à Rome originairement pour la validité de la stipulation. La première solution nous paraît préférable. Hérodote se sert, sans doute, dans le récit du mariage d'Agariste des expressions consacrées, ἐγγυᾶν et ἐγγυῶμαι, mais rien ne prouve que l'emploi de ces mots fût obligatoire. Aussi voit-on le législateur lui-même se servir indifféremment des mots ἐγγυᾶν [1] et ἐκδιδόναι [2]. Donc, à plus forte raison, les citoyens pouvaient-ils user de cette dernière expression ou d'une autre équivalente, pourvu qu'elle ne prêtât à aucune équivoque [3]. Le futur mari, en réponse à l'offre faite par le kyrios pouvait, de son côté, au lieu de répondre par ἐγγυῶμαι, se servir du mot λαμβάνω, ou de tout autre ayant la même signification [4].

Le kyrios doit naturellement désigner d'une manière pré-

(1) Démosthene, *C. Macart.*, § 54; *C. Neær.*, § 52.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 18.

(3) Suivant Fustel de Coulanges (*Cité antique*, p. 44), la déclaration du kyrios est tout-à-fait indispensable au mariage, car la jeune fille ne pourrait pas aller adorer le foyer de l'époux, si son père ne l'avait préalablement détachée du foyer paternel : pour qu'elle entre dans sa nouvelle religion elle doit être dégagée de tout lien et de toute attache avec sa religion première.

(4) Cf. en ce sens Hruza, I, p. 77.— Meier (*De bonis*, p. 66, note 219) prétend que l'engyésis se pratiquait dans la forme d'une stipulation, et il en trouve la

cise la femme qu'il promet au futur mari, en indiquant notamment à quel titre elle se trouve sous sa puissance. C'est ainsi que Clisthène de Sicyone dit, d'après Hérodote : ἐγγυῶ παῖδα τὴν ἐμὴν Ἀγαρίστην [1]. Le kyrios déclare également la filiation naturelle ou légitime de sa pupille [2].

Du moment que ces stipulations essentielles ont eu lieu, les parties sont libres d'y ajouter certaines formules consacrées par l'usage et destinées à ajouter à la solennité de l'acte. Telle est notamment la formule rapportée par Clément d'Alexandrie [3] d'après le poète Ménandre, et qui fait allusion au but du mariage tel que le concevaient les Athéniens : παίδων σπορῷ τῶν γνησίων δίδωμι σοι γὲ τὴν ἐμαυτοῦ θυγατέρα. Mais si fréquemment qu'apparaisse chez les auteurs grecs cette idée de la procréation des enfants comme étant la fin du mariage [4], sa mention dans la formule d'engyésis est purement facultative. C'est ainsi qu'elle fait défaut dans le passage précité d'Hérodote.

L'engyésis étant un contrat qui se passe exclusivement entre le kyrios et le futur mari, la présence de la fiancée n'y est point nécessaire et ne s'y comprend point, puisque

preuve dans les comédies de Plaute. Dans l'une d'elles (*Trinum.*, V, 2, 32) le dialogue suivant s'engage entre le père de la jeune fille et le fiancé : L. Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi ? — Ch. Spondeo et mille auri Philippum dotis. — L. Istac lege filiam tuam sponden' mihi uxorem dari ? — Ch. Spondeo. Un semblable dialogue se retrouve dans l'*Aululaire*, II, 2, 77 : M. Etiam mihi despondes filiam ? — E. Illis legibus cum illa dote quam tibi dixi. — M. Sponden' ergo ? — E. Spondeo. — Ce langage est, à notre avis, manifestement inspiré par les formes de la stipulation romaine, et rien ne prouve qu'à Athènes on employât des formules solennelles.

(1) Démosthène, *C. Neæram*, § 50 : τὴν γὰρ θυγατέρα τὴν ταυτησὶ Νεαίρας... ἐκδίδωσι Στέφανος οὑτοσὶ ὡς οὖσαν αὑτῷ θυγατέρα ἀνδρὶ Ἀθηναίῳ Φράστορι Αἰγιαλεῖ κτλ. Cf. Caruzzi, I, p. 77.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 45 : ἐπειδὴ δὲ τῷ Ξενοκλεῖ ἠγγύα ὁ Ἔνδιος τὴν ἀδελφιδῆν σου, ἐπέτρεψας ἂν ὦ Νικόδημε, τὴν ἐκ τῆς ἐγγυητῆς τῷ Πύρρῳ γεγενημένην ὡς ἐξ ἑταίρας ἐκείνῳ οὖσαν ἐγγυᾶσθαι. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 52, 53.

(3) *Stromata*, II, c. 23. V. *supra*, p. 34.

(4) V. les textes cités à ce sujet par Lasaulx, *loc. cit.*, p. 381.

la femme n'a aucun consentement à exprimer. L'engyésis n'est donc point accompagnée de la tradition immédiate de la fiancée ; il y a simple δόσις, sans transmission de possession, pour ainsi dire ; mais cette transmission s'opère dans un délai très rapproché ; elle fait l'objet du γάμος.

D. — *Formalités postérieures à l'engyésis* [1]. *Gamos. Gamélia.*

1° *Gamos.*

Si l'on peut appliquer au droit attique la règle romaine : *nuptias non concubitus sed consensus facit* [2], en la restreignant bien entendu à l'échange des consentements du kyrios et du fiancé et si, par suite, le mariage existe légalement dès l'engyésis, la cohabitation des époux n'en est pas moins le but final et hautement avoué du mariage, car celui-ci n'est contracté, comme nous l'avons dit, que pour donner naissance à des enfants. C'est cette consommation du mariage qui constitue à proprement parler le γάμος, par opposition à l'ἐγγύησις. Le γάμος, dans son sens propre, c'est la *copula carnalis*. C'est ce qui résulte de nombreux témoignages [3], notamment de ceux de Clément d'Alexandrie et de Pollux. Le premier de ces auteurs [4] définit ainsi le γάμος : γάμος μὲν οὖν ἐστι σύνοδος ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἡ πρώτη κατὰ νόμον ἐπὶ γνησίων τέκνων σπορᾷ. C'est bien ainsi le *concubitus*, ou même, pour traduire plus exactement le mot σύνοδος, c'est le *coïtus* (συνιέναι, co-ire). Pollux [5] dit de même : ὁ μὲν τόπος τοῦ

(1) Ces formalités sont communes au mariage par engyésis et au mariage par épidicasie. Nous préférons les indiquer dès maintenant afin de présenter un tableau d'ensemble de la formation du mariage.

(2) L. 30, D. *De reg. jur.*, L, 17.

(3) V. les différents textes cités à ce sujet par Hruza, I, p. 129 et s.

(4) *Stromata*, liv. 2, c. 23. Dans d'autres passages, Clément d'Alexandrie donne la même signification au mot γάμος. Cf. *Stromata*, liv. 3, c. 2 et s. ; *Paidag.*, l. 2, c. 10 et s.

(5) *Etymol. magn.*, v° γάμος, III, 37, 38 : παρὰ τὸ δαμῶ τὸ δάμαζω γίνεται δαμὸς καὶ γάμος, ὁ δαμαστικὸς τῶν θηλειῶν, ὅθεν καὶ τὰς παρθένους ἀδαμάστους λέγει.

γάμου θάλαμος ὥσπερ ἵνα ἐτρέφετο παρθενῶν καὶ τὸ ἔργον παρθενεύεσθαι... καὶ τὸ μὲν ἔργον ὁμοῦ καὶ ἡ ἑορτὴ γάμος. Le lieu où Pollux place l'accomplissement du γάμος, c'est-à-dire le θάλαμος, ne laisse aucun doute sur la signification de la première de ces expressions [1].

Pour arriver à la consommation du mariage, la cérémonie nuptiale, dont le premier acte, pour ainsi dire, s'est passé au foyer du père de famille, lors de l'engyésis, comporte encore deux autres actes, dont le dernier a lieu au foyer du mari, et dont le second consiste dans le passage de la femme du foyer paternel au foyer conjugal.

Des cérémonies religieuses précédaient ou accompagnaient habituellement le mariage [2]. Elles étaient désignées sous le nom de προτέλειά ou προγάμια [3], et consistaient surtout en prières et en sacrifices adressés aux divinités, dont la bénédiction devait le plus porter bonheur au ménage, et qui pour ce motif étaient appelées θεοὶ γαμήλιοι. Des prêtres pouvaient aussi quelquefois unir les époux et les bénir en prononçant certaines paroles sacramentelles. Mais il y a tout lieu de croire, en présence du silence des écrivains à cet égard, que ce n'était point là un usage bien commun [4]. De

Ὅμηρος οἷον πάρθενος ἄδμης. οἱ δὲ παρὰ τὸ γεννᾶν γάμος ἐτυμολογοῦσι δὲ κα παρὰ τὸ δύο ἅμα εἶναι κατὰ μετάθεσιν τοῦ δ'εἰς γ. Suivant Meyer (*Lessico delle radia indo-italo-greche*), le mot γάμος viendrait de *jam*, racine sanscrite signifiant *domare*, *addomesticare*, et ferait ainsi allusion à la forme la plus antique du mariage, celle où le mari s'emparait par la violence de sa fiancée. Cf. Ciccotti, p. 20.

(1) De même, dans le mariage romain primitif, on rencontre ces trois phases : *traditio*, *deductio in domum mariti*, *confarreatio*.

(2) Des cérémonies du même genre accompagnaient le mariage à Sparte (Schœmann Galuski, I, p. 306). Dans cette ville la πομπή usitée à Athènes était remplacée par une sorte d'enlèvement de la jeune fille par son fiancé qui l'amenait dans la maison d'une parente à lui, nommée νυμφεύτρια. V. Schœmann-Galuski, *loc. cit.*

( ) Hésychius, v° προτέλεια, dit notamment à ce sujet, en indiquant bien le caractère du γάμος : προτέλεια ἡ πρὸ τῶν γάμων θυσία καὶ ἑορτή· τέλος γὰρ ὁ γάμος ἀπὸ τοῦ εἰς τελειότητα ἄγειν. Cf. Hermann-Blümner, p. 271.

(4) Lobeck, *Aglaophamus*, p. 650, dit à ce sujet : matrimonia magna quadam

plus, les cérémonies religieuses du mariage pouvaient très bien, suivant les sentiments intimes de chacun, être accomplies avec plus ou moins de conscience, ou même être complètement omises sans que cela portât atteinte en aucune façon à la validité du mariage [1].

La fiancée (ou plutôt l'épouse, puisque le mariage est parfait par l'engyésis) est ensuite amenée en grande pompe à la maison du mari, suivant des usages au sujet desquels les auteurs grecs nous ont laissé des renseignements très détaillés. La mariée est ordinairement placée sur un char à côté de son mari, et derrière suit un cortège de personnes unies aux époux par les liens du sang ou de l'amitié. Le cortège arrive, au son des flûtes et des cantiques nommés hyménées, à la maison du mari où, après le repas de noces, la mariée est conduite à la chambre nuptiale et remise à son mari par la νυμφεύτρια, femme âgée de la famille requise à cet effet par les parents [2]. Cette πομπή n'avait point d'ailleurs toujours la même magnificence. Ainsi on était forcé quelquefois d'aller à pied. Il pouvait aussi y avoir des noces sans accompagnements de chants, de musique ou de banquets; cela n'empêchait pas le mariage d'être légitimement accompli, car l'engyésis suffisait pour sa formation [3].

2° *Gamélia.*

Les cérémonies de la noce étaient ordinairement suivies

religione prædita et sæpe jurejurando apud aras et delubra deorum confirmata esse nemo nescit... sed de sacerdotum interventu in Græcorum nuptiis nullum mihi suppetit testimonium præter illud Plutarchi (*Præcept. conjug.* p. 138 b : τὸν πάτριον θεσμὸν, ὃν ἡ τῆς Δήμητ.ος ἱέρε:α συνειργνυμένοις ἐφήρμοσε) et hoc Zonaræ in *Lex.* p. 77 : ἡ ἱέρεια 'Αθήνησι τὴν ἱερὰν αἰγ δα φοροῦσα πρὸς τοὺς νεογάμους εἰσέρχε:αι. Cf Suidas, v° Αἰγίς ; Hermann-Blümner, p. 269 ; Schœmann-Galuski, t. 2, p. 649.

(1) Hruza, I, p. 132 ; Schœmann-Galuski, II, p. 649.

(2) V. sur les usages pratiquès a Athènes et en Grèce lors de la noce : Hermann-Blümner, p. 268 et s. ; Schœmann-Galuski, II. p. 643 et s.

(3) Schœmann-Galuski, I, p. 648.

d'une autre formalité, sur la signification de laquelle existent des doutes sérieux, et qui est désignée dans les plaidoyers des orateurs par ces termes : εἰσφέρειν γαμηλίαν ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τοῖς φράτορσιν [1], expression qui, au dire de Suidas [2], était devenue proverbiale. C'est le mari qui, à l'occasion de son nouveau mariage, ὑπὲρ τῆς γυναικὸς, procède à cet acte, dont l'objet est tantôt un sacrifice, tantôt un présent offert aux φράτορες, ou peut-être même les deux à la fois, ainsi que le prouve l'adjonction de l'épithète γαμηλία aux mots θυσία ou δωρεά.

Quel est précisément le caractère de cette formalité? Dans l'opinion générale, le mari doit, après la noce [3], présenter sa femme à la phratrie à laquelle il appartient et faire inscrire son union sur le registre de cette association. Un sacrifice était alors accompli et un banquet était offert aux phratores, et peut-être même aussi une somme proportionnée à la fortune du mari était-elle versée dans la caisse de la phratrie ou servait-elle à couvrir les frais du banquet. La prestation de la γαμηλία [4] correspondrait ainsi à une formalité d'ordre public, analogue à l'introduction des enfants légitimes ou adoptifs dans la phratrie paternelle. Par cette introduction dans la phratrie de son mari la nouvelle épouse était associée aux *sacra* de celui-ci et en même temps devenait étrangère à ceux de sa famille d'origine. Aussi a-t-on pu comparer les effets de cette intro-

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 76, 79 ; *De Ciron. her.*, §§ 18, 20 ; Démosthène, *C. Eubul.*, §§ 43, 69.

(2) V° γαμηλία.

(3) Meier (*De gentil. attic.*, p. 18), fixe l'accomplissement de cette formalité à l'ἡμέρα κουρεῶτις, c'est-à-dire au troisième jour des Apaturies. Schœmann (trad. Galuski, t. 2, p. 648, note 3) estime, au contraire, que rien ne prouve qu'elle ait eu lieu un jour plutôt que l'autre. On peut seulement supposer qu'elle devait revenir plus souvent dans le mois de Gamélion, qui était celui où les mariages étaient les plus fréquents.

(4) Une inscription de Delphes parle d'offrandes dites γάμελα qui correspondent évidemment à la γαμηλία du droit attique. Cf. Homolle, *in Bulletin*, 1895, p. 41 et s.

duction à ceux de la *conventio in manum* du droit romain par suite de la *confarreatio* [1]. L'accomplissement de cette formalité n'est point toutefois nécessaire pour la validité du mariage, mais son omission pourrait faire naître des doutes à cet égard. Cette manière de voir a pour principal fondement certains passages des lexicographes où ils interprètent l'expression εἰσφέρειν γαμηλίαν dans le sens d'introduire la nouvelle épouse dans la phratrie [2].

Nous ne pouvons accorder une telle signification à la prestation de la gamélia et, à notre avis, celle-ci consiste uniquement dans une redevance que le nouvel époux paye [3], sans y être d'ailleurs obligé, à sa phratrie à l'occasion de son mariage. Mais le payement de la gamélia ne suppose nullement l'introduction de la femme dans la phratrie du mari, et il sert uniquement à procurer, à l'occasion, une

(1) Cf. en ce sens : Van Stegeren, p. 86, 87 ; Meier, *De gentilit. attic.*, p. 17, 18, et *De bonis damn.*, p. 66 ; Platner, *Beitraege*, p. 152, 153 ; Schœmann, sur Isée, p. 263 et *Antiquités grecques*, t. 2, p. 648 ; Hermann-Blümner, p. 271 ; Wachsmuth, t. 2, p. 265 ; Schmidt, *Ethik der alten Griechen*, t. 2, p. 170 ; Hug, *Studien aus dem klass. Alterth.*, p. 15 ; Rayet, *Inscriptions de l'île de Cos*, *in Annuaire*, 1875, p. 313 ; Buermann, *Drei Studien*, p. 574, 579 ; Philippi, *Beitraege*, p. 76 et 135 ; B. W. Leist, p. 730 et s. ; Homolle, *loc. cit.*, p. 42. Suivant Dareste (*Plaidoyers civils*, t. 2, p. 110) le repas de noces, γαμηλία, tenait lieu de présentation de la femme à la phratrie, car les mœurs athéniennes ne permettaient pas que la femme se rendit à l'assemblée de la phratrie. C'étaient les membres de la phratrie, ou du moins quelques-uns d'entre eux, qui se rendaient chez les nouveaux époux.

(2) Cf. Isée, *de Pyrrhi her.*, §§ 76-79. V. Philippi, *loc. cit.* p. 76.

(3) Harpocration, v° γαμηλία donne deux explications qu'il déclare emprunter au grammairien Didyme : καὶ Δίδυμος ὁ γραμματικὸς ἐν μὲν τοῖς Ἰσαίου ὑπομνήμασί φησι εἶναι τὴν τοῖς φράτορσι ἐπὶ γάμοις διδομένην, παρατιθέμενος λέξιν Φανοδήμου, ἐν ᾗ οὐδὲν τοιοῦτον γέγραπται. ἐν δὲ τοῖς εἰς Δημοσθένην ὁ αὐτὸς πάλιν γαμηλίαν φησὶν εἶναι τὴν εἰς τοὺς φράτορας εἰσαγωγὴν τῶν γυναικῶν, οὐδεμίαν ἀπόδειξιν τῆς ἐξηγήσεως παραθέμενος. Le lexique de Séguier (Bekker, *Anecd.*, p. 128) v° γαμηλία, s'exprime ainsi : γαμηλία· ἡ εἰς τοὺς φράτορας ἐγγραφὴ γαμηλία λέγεται : γαμηλίαν δὲ φασιν πανήγυριν εἶναι οὕτω καλουμένην, ᾗ ἔθυον τοῖς δημόταις οἱ τοὺς ἐφήβους ἐγγράφοντες, οἱ δὲ γαμηλίαν φασὶ θυσίαν τοῖς ἐν τῷ δήμῳ θεοῖς. Il explique plus loin (p. 233) de la maniere suivante l'expression γαμηλίαν εἰσενεγκεῖν : τὸ τὸν ἀγόμενον γυναῖκα κατὰ τὸν καιρὸν τοῦ γάμου ἐπιδιδόναι τι τοῖς κηδεσταῖς καὶ οἰκείοις εἰς λόγον εὐωχίας. L'Etymologicum ma-

preuve plus facile du mariage [1]. Nous écartons tout d'abord le témoignage des lexicographes, car on y trouve des contradictions qui en détruisent toute la valeur [2]. Il faut, croyons-nous, pour résoudre la difficulté, s'en tenir exclusivement aux plaidoyers d'Isée et de Démosthène où il est parlé de la γαμηλία. Or, rien n'y laisse supposer que la prestation de la gamélia corresponde à l'introduction des enfants dans la phratrie et implique une introduction de ce genre pour la nouvelle épouse. Isée distingue, au contraire, et paraît même opposer l'introduction des enfants dans la phratrie, εἰσάγειν παῖδας εἰς τοὺς φράτορας, et la prestation de la gamélia, εἰσφέρειν γαμηλίαν ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τοῖς φράτορσιν [3]. Si pour la nouvelle épouse, comme pour les enfants, il y avait eu introduction dans l'association des phratores, l'orateur se serait évidemment servi de la même expression, εἰσάγειν, au lieu d'employer, pour le cas de mariage, un terme qui n'éveille nullement l'idée d'une pareille initiation. Cette différence bien arrêtée dans la terminologie

gnum porte, v° γαμηλία : ἡ εἰς τοὺς φράτορας διδομένη ἐγγραφὴ καὶ εἰσαγωγὴ ἐπὶ γάμοις, ἣν ὠνόμαζον καὶ κουρεῦτιν. οἱ δὲ φασι γαμηλίαν θυσίαν ἣν ἔθυον τοῖς δημόταις οἱ εἰς τοὺς ἐφήβους ἐγγραφόμενοι καὶ μέλλοντες γαμεῖν. ἐγίνετο δὲ ἡ θυσία τῇ Ἥρᾳ καὶ Ἀφροδίτῃ καὶ Χάριτι. Suidas, v° γαμηλία, donne une double explication : ἡ διδομένη τοῖς φράτορσιν ἐπὶ γάμοις. ἢ τῶν γυναικῶν ἡ εἰς τοὺς φράτορας εἰσαγωγή. οὕτως Διδυμὸς ὁ γραμματικός. καὶ παροιμία γαμηλίαν εἰςφέρειν. ὅταν τις ἠγάγετο γυναῖκα πρὶν γενέσθαι παῖδας, οὗτος μαρτυράμενος περὶ τοῦ γάμου κατὰ τοὺς γάμους ἀπεδίδου τε τοῖς φράτορσι εἰς λόγον εὐωχίας καὶ τοῦτο ἐστι γαμηλίαν εἰσενεγκεῖν. Μέμνηται τοῦ λόγου Δημοσθένης (*C. Eubul.* § 43). — Le scholiaste de Démosthène observe, sur ce texte : γαμηλία διδομένη τοῖς φράτορσιν ἐπὶ γάμοις δωρεά. ἄλλως γαμηλία ἡ τῶν γυναικῶν εἰς τους φράτορας εἰσαγωγή.

(1) Cf. en ce sens Hruza, I, p. 133 et s. ; Gilbert, I, p. 209.

(2) V. à ce sujet Hruza, I, p. 133, note 2.

(3) Cette opposition est manifeste notamment au § 76 du discours sur la succession de Pyrrhus : ἀλλὰ μὴν ὥς γε οὔτε γαμηλίαν εἰσήνεγκεν ὁ θεῖος ἡμῶν, οὔτε τὴν θυγατέρα, ἣν φασι γνησίαν αὐτῷ εἶναι οὗτοι. εἰσαγαγεῖν εἰς τοὺς φράτορας ἠξίωσε, καὶ ταῦτα νόμου ὄντος αὐτοῖς κτλ. Cf. §§ 73, 75 et 79, *ibid.* De même, dans le § 20 du plaidoyer pour la succession de Ciron, Isée dit, d'une part, en parlant du mariage, γαμηλίαν εἰσενεγκεῖν, et, d'autre part, en parlant des enfants, τοὺς φράτορας εἰσδέχεσθαι ἡμας.

employée pour l'épouse et pour les enfants montre que les formalités usitées avaient dans l'un ou l'autre cas un caractère bien différent. De nombreux textes nous parlent de l'admission des enfants dans la phratrie, des conditions de cette admission et des effets qu'elle entraîne [1]. Jamais, au contraire, il n'est question d'une introduction de ce genre pour la nouvelle épouse et il serait singulier que, si elle avait eu lieu, on n'y eût fait allusion que par l'expression équivoque εἰσφέρειν γαμηλίαν, expression qui comme nous le verrons, peut très bien s'expliquer autrement. Il est donc bien préférable de s'en tenir aux textes des orateurs contemporains de l'institution dont ils parlent, plutôt que d'ajouter foi aux interprétations de grammairiens vivant à une époque bien postérieure et à qui échappait naturellement le véritable sens d'une institution qui n'était probablement plus pratiquée à l'époque où ils écrivaient. D'autres raisons s'opposent, du reste, à cette introduction de la femme dans la phratrie du mari. Cette entrée de la femme dans une nouvelle association religieuse entraînerait, en effet, l'extinction de la puissance paternelle et l'anéantissement de tous les rapports de droit existant entre la nouvelle épouse et son père. Or, il n'en est rien. Ainsi d'abord, comme nous le verrons en étudiant la tutelle des femmes pubères, le mariage n'a point nécessairement pour effet de faire passer la femme sous la tutelle du mari, et elle demeure, à certains égards, sous l'autorité du kyrios qui l'a donnée en mariage. De plus, le mariage ne rompt pas les rapports de droit qui existent entre l'épouse et son père, car elle ne perd point le droit de lui succéder, ainsi que le prouve cette circonstance qu'une femme mariée peut devenir épiclère [2]. La femme demeure donc, malgré le mariage, dans sa phratrie d'origine.

Faisant abstraction des interprétations plus ou moins arbi-

(1) V. Gilbert, I, p. 212 et s.

(2) Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64 ; *De Arist. her.*, § 17.

traires données aux mots γαμηλίαν εἰσφέρειν τοῖς φράτορσι ὑπὲρ τῆς γυναικὸς, et considérant que cette expression doit avoir un caractère technique et correspondre exactement aux faits auxquels elle fait allusion, nous y voyons que les phratores sont les destinataires de cette prestation nommée γαμηλία. Cette expression laisse supposer, d'autre part, par le mot εἰσφέρειν [1], qu'il s'agit d'un paiement et non d'un sacrifice offert par le mari aux dieux de la phratrie. Il n'y avait, d'ailleurs, aucune raison de faire un sacrifice aux dieux φράτριοι, puisque la femme n'entrait pas dans la phratrie, et les dieux qui présidaient au mariage, θεοί τέλειοι, avaient eu déjà leurs sacrifices au moment de la célébration du mariage. La gamélia est donc ainsi une redevance payée par le nouvel époux à sa phratrie. Cette redevance est payée soit en argent, soit en nature, mais plus vraisemblablement en argent [2].

La prestation de la gamélia est, au surplus, toute volontaire de la part du nouvel époux. C'était, sans doute, un usage constant de donner la γαμηλία [3], et les orateurs supposent toujours que cette prestation accompagne le mariage. Elle n'a point cependant un caractère obligatoire, ainsi que cela résulte manifestement de deux plaidoyers d'Isée où l'orateur considère que l'engyésis seule aurait pu avoir lieu sans être suivie ni du γάμος, ni de la γαμηλία. Dans le plaidoyer sur la succession de Pyrrhus, § 79, l'orateur nous dit que si Pyrrhus s'était laissé persuader de procéder à l'engyésis avec la sœur de Nicodème, qu'on lui attribue pour épouse, εἰ ἐπείσθη ἐγγυήσασθαι, il se serait également laissé persuader de fournir la gamélia aux phratores relativement à cette femme ἐπείσθη ἂν καὶ γαμηλίαν ὑπὲρ αὐτῆς τοῖς φρατόρσιν εἰσενεγκεῖν.

(1) Ce verbe correspond évidemment au substantif εἰσφορὰ, employé pour désigner un paiement, une contribution.

(2) Hruza, I, p. 143. Cette redevance est probablement employée à subvenir aux frais des banquets célébrés lors du premier jour de la fête des Apaturies, qui réunissait tous les pères de famille existant dans la phratrie.

(3) Cela résulte aussi de ce passage de Suidas, v° γαμηλία, où il attribue un caractère proverbial à l'expression γαμηλίαν εἰσφέρειν.

C'est donc que l'engyésis ne comportait pas nécessairement la prestation de la gamélia, sinon Isée se serait exprimé autrement, et aurait parlé de l'*obligation* à la gamélia qu'aurait entraînée l'engyésis. De même, dans le procès sur l'héritage de Ciron, où l'adversaire de l'orateur alléguait que sa mère était étrangère, l'orateur réplique que s'il en était ainsi, son père n'aurait, ni célébré le banquet nuptial, ni fourni la gamélia, mais aurait tout dissimulé : § 20 : εἰ τοιαύτη τις ἦν ἡ μητὴρ ἡμῶν οἵαν οὗτοι φασι, μήτ' ἂν τὸν πατέρα ἡμῶν γάμους ἑστιᾶν καὶ γαμηλίαν εἰσενεγκεῖν, ἀλλὰ ἀποκρύψασθαι ταῦτα πάντα. Le mariage aurait donc pu se former valablement sans les cérémonies de la noce et sans la prestation de la gamélia [1]. La seule sanction de ce devoir imposé par la coutume, et probablement aussi par la religion, eu égard au caractère religieux de la phratrie, consistait dans le blâme de l'opinion publique, et dans l'exclusion des bénéfices accordés aux membres de la phratrie [2]. Il était tout naturel que celui qui n'observait pas les statuts de l'association fût privé des faveurs que celle-ci pouvait entraîner pour ses membres.

Le défaut de prestation de la gamélia pouvait aussi, dans certains cas, entraîner un inconvénient assez sensible. Cette prestation avait, en effet, à plusieurs égards, le même caractère que le sacrifice offert aux dieux de la phratrie lors de la présentation d'un enfant, c'est-à-dire qu'elle constituait une manière de publicité de l'acte juridique, mariage, reconnaissance de paternité ou adoption, en le portant officiellement à la connaissance d'un assez grand nombre de personnes. La prestation de la gamélia présupposant l'existence d'un mariage, le témoignage des phratores pouvait être très précieux lorsque l'existence du mariage était contestée. Aussi

(1) Cf. en ce sens Hruza, I, p. 144 ; Gilbert, I, p. 209.

(2) La prestation de la gamélia est bien, en effet, une loi de l'association, κατὰ τοὺς ἐκείνων νόμους (Isée, *De Cir. her.*, § 18), mais une loi d'un caractère tout intime.

les orateurs, dans les procès de ce genre, attachent-ils une grande importance au témoignage des phratores [1]. D'autre part, dans la théorie du concubinat légitime, la prestation de la gamélia présente un autre intérêt, car ce concubinat ne suppose que l'ἐγγύησις, il ne comporte ni γάμος, ni à plus forte raison γαμηλία. La preuve de la prestation de la gamélia constitue donc, dans cette théorie, une preuve de la formation d'un mariage véritable [2].

La reconnaissance publique du mariage peut aussi résulter de la participation de la nouvelle épouse aux Thesmophories, fête des femmes mariées du dême [3]. Aussi les orateurs ont-ils soin de relever cette circonstance, soit pour y trouver une preuve du mariage en cas de contestation, soit, à l'inverse, pour combattre l'existence d'un mariage allégué par l'adversaire [4]. Mais il n'en résulte nullement qu'il y ait lieu pour la femme mariée à une introduction dans le dême analogue à celle qui, dans l'opinion générale, serait pratiquée relativement à la phratrie [5].

Le mariage n'étant inscrit, ni sur le registre de la phratrie (du moins dans l'opinion que nous avons admise), ni à plus forte raison, sur le registre du dême, il n'en existait

(1) C'est ainsi que, dans son plaidoyer sur la succession de Pyrrhus (§ 79). Isée voit dans le témoignage des phratores que Pyrrhus n'a pas fourni la gamélia pour la mère de Philé une preuve concluante que Pyrrhus n'a pas épousé cette femme. La même importance est attribuée à la gamélia dans les autres plaidoyers où les orateurs sont amenés à parler de cette prestation. V. Isée, *De Cir. her.*, §§ 18, o. Démosthène, *C. Eubulid.*, §§ 43, 69.

(2) Cf. Buermann, p. 574.

(3) Cf. sur les Thesmophories, Schœmann-Galuski, t. II, p. 563.

(4) Ainsi, dans le discours d'Isée sur l'héritage de Ciron, l'orateur pour prouver la légitimité de sa naissance, dit au § 79, en parlant de sa mère, qu'elle a été choisie par les femmes du dème comme une des deux présidentes chargées d'accomplir les rites sacrés au nom de leurs concitoyennes. A l'inverse, dans son discours sur l'héritage de Pyrrhus, § 80, Isée combat l'existence du prétendu mariage de Pyrrhus en disant que si Pyrrhus avait réellement épousé la sœur de Nicodème, celle-ci aurait certainement participé aux fêtes du dème et y aurait rempli quelque fonction, étant donnée la grande fortune de son mari.

(5) Hruza, I, p. 145.

aucune preuve écrite et, en cas de contestation sur son existence, on était obligé de recourir à la preuve testimoniale ou à d'autres preuves indirectes. La preuve testimoniale pouvait être fournie, soit par ceux qui avaient été convoqués lors de l'engyésis, soit par ceux qui avaient assisté aux cérémonies de la noce, soit enfin par les phratores à qui le nouvel époux avait offert la gamélia. La possession d'état et la conduite de la femme, soit dans la famille, soit au dehors, pouvaient également être prises en considération. C'est ainsi que, le frère d'Endius, pour prouver que la mère de Philé n'était point l'épouse, mais seulement la concubine de Pyrrhus, se prévaut de la conduite désordonnée de cette femme et de sa participation à des banquets, choses qui n'étaient point permises à une épouse légitime [1]. Parmi les preuves indirectes, on peut citer celle qui résulte de l'existence d'une dot, car la constitution d'une dot est un signe caractéristique du mariage. Or, cette constitution de dot était souvent constatée par un écrit où se trouvait mentionnée également l'engyésis [2]. De même, la présentation à la phratrie des enfants nés d'une certaine femme constituait un aveu du mariage, puisque l'introduction de ces enfants ne pouvait avoir lieu que sur le serment prêté par l'auteur de la présentation que ces enfants étaient nés ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς, et la réception de l'enfant par les phratores impliquait également reconnaissance par ceux-ci de l'existence du mariage. La délation de serment pouvait enfin dans certains cas servir à prouver le mariage [3].

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 13, v. *supra*, p. 92.

(2) Cf. le registre des constitutions de dot de Myconos où se trouvent plusieurs inscriptions avec cette formule : τὴν θυγατέρα ἐνηγγύησεν καὶ προῖκα ἔδωκε. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 49 et s.

(3) Ciccotti (p. 41), cite en ce sens la délation de serment dont il est question dans le premier plaidoyer de Démosthène contre Bœotos. Mais, comme nous l'avons précédemment établi (V. *supra*, p. 52 et s.), le serment déféré par Mantias à Plangon porte non point sur l'existence d'un mariage entre ces deux personnes, mais uniquement sur la question de paternité, de filiation.

§ 3. — *Formation du mariage par épidicasie.*

L'ἐπιδικασία, mode exceptionnel de formation du mariage, consiste dans une procédure suivie devant le magistrat ou devant un tribunal et dont le but est de revendiquer à titre d'épouse la femme qui se trouve dans certaines situations spéciales. Elle aboutit à l'homologation par l'archonte ou par les héliastes de la requête, λῆξις, présentée par le revendiquant et qui, manifestant de sa part l'intention de prendre pour épouse la femme ἐπίδικος, suffit, à notre avis, pour la formation du mariage en cas d'épidicasie.

Il y a lieu à épidicasie dans différentes hypothèses que nous allons indiquer. Quelle que soit d'ailleurs celle dans laquelle on se trouve, la procédure suivie est la même. Cette procédure, dont nous exposerons le mécanisme en traitant des épiclères, est la même que celle qui est employée, en matière de succession, par les héritiers non saisis pour obtenir l'envoi en possession des biens héréditaires.

Le premier cas d'épidicasie, celui qui est de beaucoup le plus fréquent et qui offre l'intérêt le plus considérable, est celui de la fille épiclère, c'est-à-dire de la fille appelée, à défaut de fils, à recueillir la succession de son père, et que le plus proche parent paternel, l'anchisteus, a le droit de réclamer comme épouse en même temps que la succession à laquelle la fille est en quelque sorte attachée. Nous donnerons dans un chapitre spécial toutes les explications que comporte cette matière importante.

Un second cas d'épidicasie a lieu lorsqu'un père de famille, n'ayant qu'une ou plusieurs filles, se crée par testament un fils adoptif, lequel est alors soumis par la loi à l'obligation d'épouser la fille du testateur ou celle de ses filles désignée par lui. Il y a lieu, en pareille hypothèse, à une épidicasie de cette fille par l'adopté, et cette revendication s'applique en même temps, comme dans le cas d'épiclérat, à la fille et à

la succession, car les deux sont inséparables. Nous reviendrons sur ce point en exposant les règles de l'adoption concernant la capacité requise chez l'adoptant.

Nous rencontrons un troisième cas d'épidicasie lorsqu'un citoyen sans enfants mâles adopte une femme. Celle-ci, évidemment incapable de remplir le but de l'adoption, tel que les Athéniens le conçoivent, c'est-à-dire de perpétuer le culte domestique, se trouve dans une situation analogue à celle de l'épiclère, et elle est plutôt chargée de transmettre à son fils futur que de posséder elle-même les biens qui lui viennent de l'adoptant. La fille adoptive, si le testament ne dispose point d'elle en faveur d'un citoyen, devient en conséquence ἐπίδικος, et elle peut être l'objet d'une revendication soumise aux mêmes règles que s'il s'agissait d'une fille épiclère [1].

Il y a lieu enfin à épidicasie dans le cas de *legatum mulieris*, c'est-à-dire lorsque le kyrios d'une femme, au lieu de la donner en mariage de son vivant, dispose de sa main par acte de dernière volonté en faveur d'un autre citoyen. Ce droit du kyrios ne nous paraît pas sérieusement contestable, étant donné le caractère exorbitant des pouvoirs du kyrios sur sa pupille dans le droit attique. Une disposition de ce genre ne suffit point à elle seule pour former le mariage, car elle ne constitue qu'une offre de la part de celui qui a le droit de disposer de la femme. Il faut qu'à cette offre se joigne l'acceptation du légataire, et celui-ci doit, selon toute vraisemblance, recourir alors à l'épidicasie pour revendiquer la femme qui lui a été léguée. C'est ce qui résulte du second plaidoyer de Démosthène contre Stéphanos où Apollodore dit, au § 23, en parlant de Phormion, que s'il avait voulu agir régulièrement, il aurait dû réclamer en justice la femme héritière, soit à titre de légataire, soit à titre de plus

1) V. *infra*, liv. I, tit. II, ch. II.

proche parent [1]. On ne doit point, il est vrai, ajouter une foi absolue aux allégations d'Apollodore qui, dans d'autres passages de ce plaidoyer, a dénaturé sciemment les dispositions de la loi [2]. Mais l'assertion d'Apollodore peut trouver une confirmation dans ce qui se passe au cas où le père de famille dispose de sa fille par testament en faveur du fils adopté par le même acte et où, comme nous venons de le voir, il y a lieu à épidicasie [3].

Dans les différents cas que nous venons de parcourir, la formation du mariage par voie d'épidicasie, bien qu'en apparence très différente de celle qui a lieu par voie d'engyésis, présente cependant avec celle-ci un parallélisme remarquable, si l'on considère que, en cas d'épidicasie, la femme, au lieu d'être offerte en mariage par le kyrios de son vivant, l'est soit par la loi elle-même, jouant le rôle de kyrios, soit par le testateur au moyen d'une manifestation de volonté qui survit à sa mort. Lorsque à cette offre vient se joindre l'acceptation de celui à qui la loi ou le testament défèrent la femme, le mariage est formé, de même qu'il l'est dans l'engyésis par le concours de volontés du kyrios et du futur époux. En toute hypothèse, d'ailleurs, qu'il s'agisse d'épidicasie ou d'engyésis, la femme ne joue aucun rôle actif dans la formation du mariage et sa volonté n'entre en aucune façon en ligne de compte.

SECTION III

Conditions de validité du mariage.

§ 1. — *Généralités.*

A Rome, comme dans la plupart des législations modernes qui se sont inspirées du droit romain, quatre conditions

(1) 'Ουκοῦν αὐτὸν (Phormion) εἴπερ ἐβούλετο ὀρθῶς διαπράττεσθαι, λαχεῖν ἔδει τῆς ἐπικλήρου, εἴτε κατὰ δόσιν αὐτῷ προσήκειν εἴτε κατὰ γένος.

(2) Cf. Hruza, I, p. 61.

(3) Cf. Hruza, I, p. 123. Suivant cet auteur, la question reste ouverte.

sont requises pour la validité du mariage. Il faut, en premier lieu, que les époux consentent au mariage. Ils doivent, en second lieu, avoir l'aptitude physique au mariage, ou, en d'autres termes, avoir atteint l'âge de la puberté. Ils doivent, en troisième lieu, avoir l'aptitude légale pour contracter mariage, ce que l'on appelle à Rome le *jus connubii*. Enfin les personnes qui ont sur les époux un droit de puissance doivent consentir à l'union.

Dans le droit attique, cette théorie des conditions de validité du mariage se trouve singulièrement simplifiée. Ainsi d'abord, en ce qui concerne le consentement des époux, il n'y a point, comme nous l'avons vu, à se préoccuper du consentement de la femme. Celle-ci joue un rôle purement passif, que le mariage se forme par voie d'engyésis ou par voie d'épidicasie, et si le mariage apparaît comme un contrat, c'est un contrat qui se passe, non point comme dans les législations modernes, entre les époux, mais entre le mari et le kyrios de la femme.

A Athènes, il ne saurait non plus être question, du moins dans la même mesure que dans les législations modernes, du consentement des personnes qui ont sur les époux un droit de puissance. Sans doute, en ce qui concerne la femme, elle ne peut se marier sans le consentement de son kyrios, mais le futur époux n'est soumis à aucune obligation analogue. Un Athénien ne peut, en effet, se marier que lorsqu'il est majeur. Or, la majorité fait disparaître, en principe, tous les effets de la puissance paternelle. Donc celle-ci n'a pas lieu de s'exercer pour un acte qui ne peut être accompli qu'après son extinction. Le droit attique ne s'est inspiré, à cet égard, ni des idées de respect pour les parents appelés à consentir au mariage, ni du désir de protéger l'enfant contre le défaut de réflexion et les entraînements de la passion. Malgré l'importance du mariage pour la transmission du culte et du patrimoine du père de famille, il n'a même tenu aucun compte des considérations qui avaient amené le

législateur romain à dire que l'enfant ne pouvait pas, par son mariage, imposer au *pater* malgré lui, des continuateurs de sa personne et de son culte [1].

Restent les deux autres conditions relatives à la puberté et au connubium. Les conditions d'aptitude légale dont l'ensemble constitue à Rome le *jus connubii* sont, à Athènes, très réduites, et parmi les incapacités de contracter mariage, les seules dont l'existence soit certaine, sont fondées sur des motifs de moralité publique et elles tiennent à des relations de parenté. Quant aux incapacités fondées sur des motifs d'ordre politique ou religieux et qui sont si nombreuses dans le droit romain, on ne peut en citer qu'une dans le droit attique, celle d'où résulterait la prohibition du mariage entre Athéniens et étrangers, et encore, l'existence d'une semblable incapacité est-elle très sérieusement contestable. Nous n'avons donc, en définitive, qu'à nous occuper de trois conditions de validité du mariage, ou, autrement dit, de trois empêchements au mariage provenant le premier, de l'impuberté des époux, le second, de l'existence d'un lien de parenté au degré prohibé, le troisième de l'extranéité de l'un des conjoints.

§ 2. — *Age des époux.*

Le mariage ayant pour but direct d'assurer la perpétuité de la famille, ceux-là seulement ont le droit de contracter mariage qui ont atteint l'âge de la puberté. Cette règle s'entend toutefois différemment suivant qu'il s'agit du mari ou de la femme. Celle-ci peut, bien qu'elle soit encore impubère, former l'objet du contrat d'engyésis, ou si elle est épiclère, être revendiquée comme épouse par l'anchisteus.

(1) L'affranchi ne peut-il se marier qu'avec le consentement de son ancien maître. La question est douteuse. V. *infra*, liv. I, tit. IV. Dans tous les cas la nécessité de ce consentement, si on l'admet, tient à des considérations spéciales.

C'est ce que prouve l'exemple précédemment cité du père de Démosthène qui procède à l'engyésis de sa fille avec Démophon, bien qu'elle ne soit âgée que de cinq ans. Mais la consommation du mariage, le γάμος ne pourra avoir lieu qu'après que la sœur de Démosthène aura atteint la majorité requise pour le mariage, c'est-à-dire, suivant l'orateur, qu'après un délai de dix années [1]. De même, la fille héritière peut, bien qu'elle soit encore impubère au décès de son père, être immédiatement l'objet d'une épidicasie, et celle-ci forme le mariage de l'anchisteus avec l'épiclère [2]. Seulement, dans ce cas comme dans celui d'engyésis, on ne peut procéder au γάμος que lorsque la femme est devenue pubère. Ces règles se comprennent du reste très bien, si l'on songe que, dans le droit attique, le consentement de la femme n'est nullement requis pour la validité du mariage, et que précisément les législations modernes exigent un certain âge des futurs époux principalement comme une garantie de la liberté de leur consentement. Le kyrios de la femme (ou la loi jouant, en cas d'épiclérat, le rôle de kyrios) peut donc disposer d'elle en mariage dès sa plus tendre enfance ; mais si le mariage peut valablement se former quel que soit l'âge de l'épouse, il ne peut se consommer qu'après que celle-ci est devenue apte aux fins du mariage. Pour le mari, au contraire, comme c'est lui qui stipule personnellement au contrat, il ne peut y figurer que lorsqu'il a la capacité requise pour contracter, et l'âge requis à cet effet est, à Athènes, plus reculé que l'âge fixé pour la puberté, soit à Rome, soit même dans certaines législations modernes des peuples méridionaux.

En ce qui concerne les femmes, la loi ne paraît pas avoir fixé d'âge pour la puberté, c'est-à-dire pour la consommation du mariage. Il est certain, tout d'abord, que les règles

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 4 et s. ; III, § 43.
(2) V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. VI.

posées à cet égard par les philosophes [1] ne correspondent nullement aux lois ou aux usages et qu'elles sont de simples conseils fondés sur la raison [2]. On pourrait croire, d'autre part, en se référant aux plaidoyers de Démosthène où le père de l'orateur donne sa fille en mariage à Démophon, que l'âge de la puberté est fixé à quinze ans pour les femmes. Le père de Démosthène procède, en effet, à l'engyésis alors que sa fille est âgée de cinq ans seulement [3]. Démophon reçoit la dot immédiatement, mais il ne doit prendre la fille que « lorsqu'elle aura l'âge, c'est-à-dire dix ans après. [4] » Il semble en résulter que la sœur de Démosthène n'aurait pu être *deducta in domum mariti* qu'à l'âge de quinze ans. Il est certain cependant qu'une fille pouvait être mariée avant cet âge. Nous en avons d'abord le témoignage de Xénophon qui, dans son *Economique* [5], nous montre Ischomachos introduisant sa jeune épouse dans sa maison avant qu'elle n'ait quinze ans révolus. Il résulte, d'autre part, d'inscriptions funéraires que l'âge de la puberté pouvait même être beaucoup plus avancé et qu'une fille pouvait être mariée à treize et même à douze ans [6]. L'âge de

(1) Platon, *Republ.* V, p. 460 e : ἀρ' οὖν συνδοκεῖ μέτριος χρονος ἀκμῆς τὰ εἴκοσιν ἔτη γυναικὶ, ἀνδρὶ δὲ τὰ τριάκοντα. Cf. *Leges*, IV, p. 721, b, VI, p. 785 b. Aristote, *Rhetor.* II, 14, p. 1390 b, 9 : ἀκμάζει δὲ τὸ μὲν σῶμα ἀπό τῶν τριάκοντα ἐτῶν μέχρι τῶν πέντε καὶ τριάκοντα. Il faut, en conséquence, comme l'observe Hermann-Blümner (p. 36, note 1) lire dans la *Politique* (VII, 16, 6, p. 1335 a, 28) : διὸ τὰς μὲν ἁρμόττει περὶ τὴν ὀκτωκαίδεκα ἐτῶν ἡλικίαν συζευγνύναι, τοὺς δὲ περὶ τὰ τριάκοντα au lieu de τοὺς ἑπτὰ καὶ τριάκοντα.

(2) Ciccotti, p. 20. — Petit (VI, I, 2, p. 533) considère, au contraire, comme une règle du droit attique la décision d'Aristote qui fixe à trente-cinq ans l'âge du mariage pour les hommes.

(3) *C. Aphob.*, I, §§ 4 et s.

(4) *C. Aphob.*, III, § 43 : τὴν δ'ἀδελφήν (λαβεῖν) ὅταν ἡλικίαν ἔχῃ, τοῦτο δ'ἤμελλεν εἰς ἔτος δέκατον γενήσεσθαι.

(5) VII, 5 : ἡ ἔτη μὲν οὔπω πεντεκαιδέκα γεγονυῖα ἦλθε πρὸς ἐμέ.

(6) Friedlander, *Darstellungen aus der Sittengesch. Roms*, I, 504 et s., relate cinq inscriptions trouvées sur des tombeaux de femmes grecques mortes à Rome, et où l'on voit que l'une s'est mariée à douze ans, quatre autres à treize ans et une à quinze ans.

douze ans constitue-t-il un minimum légal ou bien doit-on admettre que l'âge de la puberté est pour la femme une simple question de fait ? Nous serions plutôt porté à admettre la première solution, par analogie de ce que décident soit la loi de Gortyne [1], soit la législation romaine [2]. L'usage devait être toutefois de ne marier les filles que vers l'âge de quatorze ans [3]. De plus, suivant une coutume très ancienne, une jeune fille ne pouvait se marier avant d'avoir été consacrée à Artémis de Brauron et d'avoir offert à la déesse le sacrifice prescrit [4]. Ce n'est là toutefois qu'une cérémonie religieuse dont l'inaccomplissement ne peut, au point de vue de la loi civile, être considéré comme un empêchement au mariage [5].

Quant aux hommes, l'âge auquel ils peuvent contracter mariage concorde avec celui de leur majorité, c'est-à-dire avec l'accomplissement de leur dix-huitième année, époque à laquelle cessent soit la tutelle, soit la puissance paternelle, et où ils sont inscrits sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον [6]. On ren-

(1) XII, 32 : ὀπυίεθαι δὲ δυοδεκαϜέτια ἒ πρείγονα.

(2) Inst. pr. 2, *Quib. mod. tut. fin.* I, 22.

(3) Epict. *Manual.*, 40. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 25. Hermann-Blümner, p. 36, note 1 ; Van Stegeren, p. 70 ; Van den Es, p. 34 ; Schœmann-Galuski, I, p. 584 ; Cauvet, p. 137 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 504 ; Ciccotti, p. 20 ; Rein, *in Stuttgarter Real-Encycl.*, IV, 1648. Gomperz (*Ein Brief Epikurs, in Hermes*, V, p. 392) croit que l'âge de la puberté chez les Grecs ne différait guère de celui des Françaises actuellement. Il cite en ce sens le passage suivant de Paulus Œgin. III, sect. 10, ed. Basil. p. 113, 114 : ταῖς πλεισταις ἡ κάθαρσις γίνεται περὶ τεσσαρακαιδέκατον ἔτος, ὀλίγαις δὲ θᾶσσον, κατὰ τὸ τρισκαιδέκατον ἢ δωδέκατον, οὐκ ὀλίγαις δὲ βράδιον τῶν δεκατεσσάρων ἐτῶν.

(4) Suidas, vo Ἄρκτος ἡ Βραυρωνίος : Ἀρκτευόμεναι γυναῖκες τῇ Ἀρτέμιδι ἑορτὴν τελοῦσι κροκωτὸν ἠμφιεσμέναι, οὔτε πρεσβύτεραι δέκα ἐτῶν οὔτε ἐλάττους πέντε, ἀπομειλισσόμεναι τὴν θεὸν, καὶ μὴ πρότερον συνοικίζεσθαι ἀνδρὶ παρθένον, εἰ μὴ ἀρκτεύσειε τῇ θεῷ. Cf. Schol. Arist. *Lysistr.*, 645.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 503. Cf. Van Stegeren, p. 70.

(6) Van den Es, p. 34 ; Van Stegeren, p. 70 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 504 ; Hermann-Blümner, p. 36, note 1.

contre, du reste, dans les auteurs, plusieurs exemples de mariages contractés dès l'âge de dix-huit ans [1] [2].

§ 3. — *Empêchements résultant de la parenté ou de la tutelle.*

Le droit romain, suivi sur ce point, et avec raison, par toutes les législations modernes, a, par des raisons de haute moralité publique, qui paraissent s'être imposées aux Romains dès le principe, et en même temps par des considérations d'ordre physiologique, prohibé le mariage entre proches parents, et cela non seulement en ligne directe, mais encore en ligne collatérale jusqu'à un certain degré [3]. Le droit grec et spécialement le droit attique ont, au contraire, adopté le principe du mariage endogamique. Non seulement les unions entre proches parents ne sont pas défendues, mais elles sont permises par la loi et favorisées par les mœurs [4]. C'est ainsi que, comme nous le verrons à propos de l'épiclérat, la fille héritière peut être revendiquée comme épouse par son plus proche parent paternel. On se propose par là, non-seulement d'éviter le fractionnement des

(1) Démosthène, *Adv. Boœtum*, II, § 4. Lysias *in* Suidas, vo τέως.

(2) A Gortyne, l'homme pouvait probablement contracter mariage dès l'âge de seize ans. On disait de lui qu'il était ἡβίων. Cf. Hermann-Thalheim, p. 13, n. 5 ; Bücheler et Zitelmann, p. 60. — Un passage d'Ephore (cité par Strabon, c. 482, *in fin.*) montre qu'en Crète l'homme libre est tenu de se marier de très bonne heure : « Chez les Crétois, dit-il, on force à prendre femme en même temps tous ceux qui sortent ensemble de l'ἀγέλα des enfants. » Or, selon toute vraisemblance, l'enfant entrait dans l'ἀγέλα à seize ans révolus, et il y passait la dix-septième et la dix-huitième année avant de devenir δρομεύς ou majeur. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 407-409.

(3) Cf. May, I, p. 130, no 87.

(4) Pollux, VI, 175 : ἀγχιστίδην γαμεῖν. Cf. Démosthène, *Adv. Macart.*, § 74 : ἔτι δὲ πρὸς τούτοις καὶ τὴν θυγατέρα ἔδωκα οὐδαμόσε ἔξω, ἀλλὰ τῷ ἀδελφιδῷ τῷ ἐμαυτοῦ, ὅπως, ἐὰν ὑγιαίνωσι, καὶ οἱ ἐκ τούτων ἐκ τοῦ αὐτοῦ γένους ὦσιν 'Αγνίᾳ. V. aussi : Andocide, *De Myster.*, I, 50 ; Isée, *De Apollod. her.*, VII, 12 ; Plaute *Rud.*, IV, 6, 8 et s.

patrimoines, mais encore, dans un sentiment religieux, de maintenir autant que possible la pureté du sang dans la famille [1].

La liberté des mariages entre proches parents ne comporte-t-elle pas du moins certaines restrictions? On admet généralement qu'en ligne directe la parenté fait obstacle au mariage *in infinitum*, c'est-à-dire quel que soit le nombre de degrés séparant le parent ascendant de son descendant. Mais, en ligne collatérale, le mariage n'est prohibé qu'entre frères et sœurs ὁμομήτριοι, ayant la même mère, ou, suivant les expressions modernes, germains ou utérins ; il serait permis, au contraire, entre frères et sœurs ὁμοπάτριοι ou consanguins. A plus forte raison n'y aurait-il aucun obstacle au mariage à un degré plus éloigné, notamment entre oncle et nièce ou entre tante et neveu [2]. Il y a là toutefois une proposition fort discutable en ce qui concerne la prohibition du mariage en ligne collatérale.

La prohibition du mariage entre ascendants et descendants ne fait, à notre avis, l'objet d'aucun doute [3]. Elle est formellement admise par Platon [4] qui, évidemment, dans ses traités, ne fait à cet égard que reproduire le droit en vigueur à son époque, et elle est rangée par le grand philo-

(1) C'est ainsi qu'en parlant du droit de l'anchisteus de revendiquer l'épiclère Plutarque (*Solon*, c. 10) en donne le motif suivant : ὅπως οἰκεῖον ᾖ καὶ μετέχον τοῦ γένους τὸ τικτόμενον. — Cf. Isée, *De Menec. her.*, § 36 : ἵνα μὴ ἀνώνυμος ὁ οἶκος αὐτοῦ γένηται.

(2) V. comme exemples de mariages entre oncle et nièce : Démosthène, *C. Neær.*, § 22 ; Lysias, *C. Diogit.*, § 4.

(3) Les ascendants et les descendants forment le γένος, dans le sens restreint de ce mot, par opposition a la *cognatio*, συγγένεια. Cf. Isée, *De Cir. her.*, § 33 : Κίρωνο, θυγάτηρ ἢ ἀδελφὸς ἐγγυτέρω τοῦ γένους ἐστι ; δῆλον γὰρ ὅτι θυγάτηρ· ἡ μὲν γαρ ἐξ ἐκείνου γέγονεν, ὁ δὲ μετ' ἐκείνου θυγατρὸς δὲ παῖδες ἢ ἀδελφός ; παῖδες δή ουθεν· γένος γὰρ, ἀλλ' οὐχὶ συγγένεια τοῦτ' ἔστιν. Cf. Becker, *Charikles*, t. 3, p. 288. V. *supra*, ch. I, p. 21.

(4) Platon, *Leges*, VIII, c. 6, 838 a : περὶ υἱέος ἢ θυγατρὸς ὁ αὐτὸς νόμος ἄγραφος ὢν ὡς οἷόν τε ἱκανώτατα φυλάττει μήτε φανερῶς μήτε λάθρα συγκαθεύδοντα ἢ πῶς ἄλλως ἀσπαζόμενον ἅπτεσθαι τούτων. Cf. Platon, *De Republ.*, IV, 461 c.

sophe, ainsi que par Xénophon [1], au nombre des lois non écrites, νόμοι ἄγραφοι, dont l'origine remonte aux dieux eux-mêmes [2]. Les Grecs se trouvaient, sans doute, en contact avec des peuples qui permettaient, au contraire, le mariage entre parents en ligne directe [3], mais sur ce point, de même que pour la polygamie, les auteurs ont soin de marquer l'opposition entre ce qu'ils nomment les coutumes barbares et les lois grecques [4].

Si le mariage est prohibé entre ascendants et descendants, la conséquence doit en être que l'union contractée en violation de la défense de la loi est frappée de nullité et que les enfants qui en naissent sont illégitimes [5]. La tradition d'Œdipe pourrait, il est vrai, autoriser une solution contraire. Si, l'on en croit les tragiques athéniens, les quatre enfants nés de l'union incestueuse d'Œdipe avec sa mère Jocaste auraient été considérés comme légitimes, et deux d'entre eux, Etéocle et Polynice, auraient succédé à leur père sur le trône de Thèbes. L'autorité de Sophocle et d'Euripide n'est point cependant décisive, car, suivant Homère et Pausanias, le crime d'Œdipe aurait été presque aussitôt découvert et il ne serait né aucun enfant de son union avec Jocaste [6]. En admettant, d'ailleurs, qu'Œdipe ait eu des enfants de sa mère, on peut dire qu'ils ont été traités comme légitimes en raison de la bonne foi de leurs parents et par application

(1) Xénophon, *Memor.*, IV, c. 4, § 19 et s.

(2) Platon. *Leges*, VIII, c. 6, 838 b, considère la violation de cette prohibition comme μηδαμῶς ὅσια θεομισῆ δὲ καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα.

(3) Cf. sur les mœurs des Macédoniens et des Perses, Bachofen, *Mutterrecht*, p. 204, 368.

(4) Euripide, Andromaque, v. 173 et s. : τοιοῦτον πᾶν τὸ βάρβαρον γένος·
πατήρ τε θυγατρὶ, παῖς τε μητρὶ μίγνυται,
κόρη τ' ἀδελφῷ.

(5) Cf. Platner, *Process*, II, p. 247 ; Van den Es, p. 34 ; Becker, *Charikles*, III, p. 288 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 501-502 ; Hermann-Blümner, p. 261 ; Ciccotti, p. 14. — Contra : Hruza, II, p. 161-163 ; Schœmann-Galuski, I, p. 408.

(6) *Odyssée*, XI, v. 271 et s. ; Pausanias, IX, c. 3, § 5.

des règles qui, dans le droit moderne, constituent la théorie du mariage putatif [1].

L'union incestueuse n'est point seulement, à notre avis, frappée de nullité; elle doit, en outre, entraîner l'application de certaines pénalités. Nous ne pouvons, il est vrai, dans l'état actuel des sources, déterminer les peines qui auraient été portées contre les coupables d'inceste en ligne directe. Mais quand on se pénètre, en lisant les vers que Sophocle a consacrés aux malheurs d'Œdipe, de l'horreur que ce crime inspirait aux Athéniens, quand on songe, d'autre part, aux châtiments que la colère divine a infligés aux unions incestueuses, même contractées de bonne foi, il est difficile de croire que le législateur criminel soit resté indifférent et passif en présence d'un acte de ce genre [2].

La question est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit non plus, de ce que les Romains nommaient l'inceste *juris gentium*, c'est-à-dire de l'union entre ascendants et descendants, mais de l'inceste *juris civilis*, c'est-à-dire de l'union entre certains collatéraux à un degré très rapproché [3]. Dans

(1) V. toutefois Hruza, II, p. 161. — Le langage des tragiques peut laisser supposer qu'ils considèrent comme nul le mariage d'Œdipe et de Jocaste. Sophocle, *Oid. rex*, v. 1213 et s. : ἐφεῦρε σ'ἄκονθ' ὁ πάντ' ὁρῶν χρόνος, δικάζει τ' ἄγαμον γάμον πάλαι τεκνοῦντα καὶ τεκνούμενον. Euripide, *Phoin.*, v. 1047 : ματρὶ γάρ γάμους δυσγάμους τάλας καλλίνικος ὢν αἰνιγμάτων συνάπτει. Les expressions ἄγαμος et δύσγαμος peuvent faire allusion à la nullité du mariage. Il faut reconnaître cependant qu'elles n'ont aucune signification technique précise, car elles ne sont employées que par les poètes. Cf. Hruza, *loc. cit.* Il n'y a, du reste, sauf le cas d'Œdipe, aucun autre exemple de mariage entre ascendants et descendants. On ne peut citer que des cas de commerce illégitime, comme celui que Lysias reproche à Alcibiade et à Axiochos. V. Athénée, XII, c. 48 ; Lysias, *C. Alcib.* I (XIV), § 41. Cf. Hruza, II, p. 162.

(2) Thonissen, *Droit pénal*, p. 325. *Contra*, Hruza, II, p. 163. Suivant Thonissen, la peine de l'inceste consistait peut-être dans le bannissement et la confiscation des biens. Un passage de Jamblichus (*De vita Pythag.*, § 210) semblerait attester l'existence de dispositions pénales tendant à reprimer l'inceste : ἐπαινεῖσθαι δ' αὐτοῖς ἔφασαν καὶ τὰ τοιάδε τῶν προυπαρχόντων νομίμων ἐν ταῖς ἑλληνικαῖς πόλεσι, τὸ μήτε μητράσι συγγίνεσθαι, μήτε θυγατρὶ, μήτε ἀδελφῇ μήτ' ἐν ἱερῷ μήτ' ἐν φανερῷ. V. toutefois Hruza, II, p. 163, note 13.

(3) Cf. l. 39, § 2, D. *Ad leg. Jul. de adult.* ; l. 68, D. *De ritu nupt.*

l'opinion générale, le mariage est prohibé, à Athènes, entre frères et sœurs germains ou utérins, et il n'est permis qu'entre frères et sœurs consanguins [1]. Dans un autre système, qui a été tout récemment défendu par Hruza [2] avec une vigueur remarquable, il n'existerait aucune prohibition de mariage entre frères et sœurs, sans distinction entre ceux qui sont utérins ou germains, ὁμομήτριοι et ceux qui sont consanguins, ὁμοπάτριοι.

L'opinion générale repose principalement sur le témoignage de Philon [3] qui attribue à Solon, dans les termes suivants, l'établissement de la distinction que nous venons d'indiquer entre les ὁμομήτριοι et les ὁμοπάτριοι : ὁ μὲν οὖν Ἀθηναῖος Σόλων, ὁμοπατρίους ἐφιεὶς ἄγεσθαι, τὰς ὁμομητρίους ἐκώλυσεν. ὁ δὲ Λακεδαιμονίων νομοθέτης ἔμπαλιν, τὸν ἐπὶ ταῖς ὁμογαστρίοις γάμον ἐπιτρέψας, τὸν πρὸς τοὺς ὁμοπατρίους ἀπεῖπεν. Abstraction faite du point de savoir si Solon est bien l'auteur d'une semblable disposition, la règle rapportée par Philon est confirmée soit directement, soit indirectement par d'autres témoignages. Nous citerons en premier lieu celui du scholiaste d'Aristophane. Le poète comique avait fait allusion, dans une de ses pièces [4], à un drame d'Euripide [5], où l'on voit un frère séduire sa sœur utérine, et le scholiaste explique alors que, pour augmenter l'horreur de ce crime, le poète a parlé d'une sœur utérine, attendu qu'il était permis à Athènes

(1) Platner, *Process*, II, p. 247 ; Petit, *Leg. Att.*, p. 537-538 ; Van den Es, p. 34 ; Becker, *Chariklès*, III, p. 288 ; Droysen, *Kleine Schriften*, I, p. 316 et s. Caillemer, *Succession*, p. 37 ; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. XXV ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 502 ; Hermann-Thumser, p. 451 ; Wachsmuth, II, p. 164 : Schœmann-Galuski, I, p. 408 ; Hermann-Blümner, p. 161 ; Ciccotti, p. 15 ; Robiou, p. 55.

(2) II, p. 163 et s.

(3) *De leg. special.* III, 4 (éd. Hœschl, p. 779).

(4) *Nubes*, v. 1371, 1372 : ὁ δ' εὐθὺς ᾖσ' Εὐριπίδου ῥῆσίν τιν' ὡς ἐκίνει ἀδελφὸς ὠλεξίκακε τὴν ὁμομητρίαν ἀδελφήν.

(5) C'était, d'après ce scholiaste, le drame d'Eole : γέγραπται Εὐριπίδου Αἴολος δρᾶμα οὕτως καλούμενον ἐν ᾧ παρήγαγε Μακαρέα τὸν παῖδα Αἰόλου φθείραντα Κανάκην τὴν ἀδελφήν.

d'épouser sa sœur consanguine : ἐπεὶ δὲ παρ' Ἀθηναίοις ἔξεστι γαμεῖν τὰς ἐκ πατέρων ἀδελφάς, εἰς αὔξησιν τοῦ ἀδικήματος προσέθηκε τὴν ὁμομητρίαν. La règle attribuée à Solon par Philon est également rapportée par Cornelius Nepos, dans des termes très nets : « *Atheniensibus licet eodem patre natas uxores ducere* [1], » ce qui exclut évidemment la possibilité d'épouser une sœur *ex eadem matre*, sinon l'observation de l'historien latin n'aurait pas de sens. Nous verrons, du reste, que la portée que nous attribuons à ce texte n'est nullement ébranlée par d'autres passages du même auteur.

La prohibition du mariage entre frères et sœurs utérins est également confirmée d'une manière indirecte par d'autres textes qui, relatant des cas de mariage entre frère et sœur, ont soin de faire observer que les époux n'ont point la même mère, ne sont point ὁμομήτριοι. C'est ainsi que, d'après Plutarque [2], Mnésiptolème, née du second mariage de Thémistocle, fut épousée par son frère Archeptolis qui n'était pas né de la même mère : Μνησιπτολέμαν... Ἀρχέπτολις ὁ ἀδελφὸς οὐκ ὢν ὁμομήτριος ἔγημεν. De même Euxithée, dans son plaidoyer contre Eubulide [3], dit de son aïeul qu'il a épousé sa sœur née d'une autre mère : ἀδελφὴν γὰρ ὁ πάππος ὁ ἐμὸς ἔγημεν οὐχ ὁμομητρίαν [4].

Pour combattre l'opinion générale et démontrer qu'il n'y avait aucune prohibition de mariage entre frères et sœurs utérins, Hruza fait d'abord observer que les idées religieuses des Grecs ne s'opposent nullement à une union de ce

(1) *Cimon*, c. 1.
(2) *Thémistocle*, c. 32.
(3) Démosthène, *C. Eubul.*, § 21.
(4) On a aussi argumenté en ce sens de ce que Platon, en son traité des *Lois* (XI, 924 e), dans l'énumération qu'il fait des parents autorisés à revendiquer l'épiclère par voie d'épidicasie, ne nomme point le frère utérin. Cf. Becker, *loc. cit.* — Mais, comme l'observe Hruza (II, p. 169), cet argument n'a pas une grande valeur, attendu que Platon détermine l'anchistie avec le défunt et non point avec l'épiclère, et que le frère utérin fait partie de la dernière sorte d'anchistie et non de la première.

genre ; or, ce sont ces idées qui prévalent dans l'établissement des règles sur les empêchements du mariage. Ainsi on voit dans la mythologie grecque Zeus épouser Héra, qui est sa sœur germaine [1]. De même, d'après Platon [2], l'oracle de Delphes, consulté sur la validité du mariage entre frères et sœurs, se prononce pour l'affirmative. La tradition de l'âge héroïque ne répugne pas davantage à de semblables unions, car Homère [3] nous montre Eole mariant ses six fils à ses six filles.

Que le droit attique ait toléré ces unions, c'est ce qui, suivant Hruza, résulte manifestement des relations que font les historiens au sujet du mariage de Cimon. Celui-ci, fils de Miltiade et d'Hégésipyle, a, d'après de nombreux témoignages, épousé sa sœur Elpinice, et celle-ci était sa sœur germaine, donc ὁμομητρία. Ainsi Plutarque [4] raconte d'abord à ce sujet que : « Dans sa jeunesse, Cimon fut accusé d'avoir des relations avec sa sœur Elpinice...... Quelques auteurs disent que la liaison d'Elpinice avec Cimon n'était ni criminelle, ni secrète, mais qu'elle avait épousé publiquement son frère, parce que sa pauvreté l'empêchait de faire un mariage digne de sa naissance. » Cornelius Nepos affirme, d'autre part, en termes formels, et à deux reprises différentes, que Cimon avait épousé sa sœur germaine et il ajoute que telle était la coutume suivie à Athènes [5]. Hruza allègue enfin le témoignage de Minucius Felix [6], d'après lequel le mariage

(1) V. Preller, *Myth.*. I, p. 132, n. 3. Cf. Lucien, *Sacrif.* c. 5.

(2) *De republ.*, V, 461 d, e : ἀδελφοὺς δὲ καὶ ἀδελφὰς δώσει ὁ νόμος συνοικεῖν, ἐὰν ὁ κλῆρος ταύτῃ ξυμπίπτῃ, καὶ ἡ πυθία προσαναιρῇ.

(3) *Odyssée*, X, v. 1 et s.

(4) *Cimon*, c. 4.

(5) *Præfatio* : Neque enim Cimoni turpe fuit, Atheniensium summo viro, sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum ejus cives eodem uterentur instituto : at id quidem nostris moribus nefas habetur. — *Cimon*, § 1 : Habebat autem in matrimonio sororem suam germanam, nomine Elpinicem, non magis amore quam patrio more ductus : nam Atheniensibus licet eodem patre natas uxores ducere.

(6) *Octavius*, c. 31, § 3 : Jus est apud Persas misceri cum matribus, Ægyptiis et Atheniensibus cum sororibus legitima matrimonia.

entre frères et sœurs indistinctement était permis à Athènes comme en Égypte.

Pour écarter l'autorité du texte de Philon, Hruza dit qu'il est fort peu probable que Solon ait édicté une loi du genre de celle qu'on lui attribue, car Plutarque, dans sa biographie du législateur d'Athènes, n'en fait aucune mention. Or, cette omission de l'historien ne se comprendrait pas, car Plutarque connaissait certainement la différence qui existait entre le droit romain et le droit attique au sujet des mariages entre frères et sœurs, et il l'a relevée dans un de ses traités [1]. Il n'aurait donc pas manqué de signaler, à côté des autres lois de Solon concernant le mariage, celle dont parle Philon et qui aurait été en contradiction si flagrante avec la législation romaine. Quant à l'argument tiré des textes qui, relatant des mariages entre frères et sœurs, ont soin d'observer que les époux ne sont point ὁμομήτριοι, Hruza [2] l'écarte en disant que le droit attique ne possède aucune expression technique pour désigner les frères et sœurs germains, qu'en conséquence, les termes ὁμοπάτριος et ὁμομήτριος, tout en indiquant plus directement la communauté du parent désigné dans chacun d'eux, n'excluent point cependant la communauté de l'autre parent. Si donc on veut désigner d'une manière précise la consanguinité ou l'utérinité, on ne peut y arriver, que par *a contrario*, en excluant par une négation la communauté de l'autre parent, et en disant soit οὐχ ὁμοπάτριοι soit οὐχ ὁμομήτριοι. Hruza fait enfin valoir cette considération que la distinction entre les frères et sœurs consanguins et les frères et sœurs utérins, est, au point de vue rationnel, tout-à-fait arbitraire et ne saurait se fonder sur aucun motif sérieux. Si, dit-il, on peut admettre une distinction entre les

(1) *Quæst. rom.*, c. 108.

(2) Hruza, II, p. 163, note 27 cite, en ce sens, les textes suivants: Pausanias, I, c. 7 § 1 : ἀδελφῆς ἀμφοτερωθεν ; Hérodote, III, c. 31 ; Platon, *Leges*, VI, 774 e; Démosthène, *C. Macart.*, § 28 ; *C. Steph.*, II, § 18; Isée, *De Astyph. her.*, § 29.

frères et sœurs suivant leur qualité, il n'y en a qu'une de rationnelle, celle qui, d'une part, interdirait le mariage entre frères et sœurs ayant à la fois le même père et la même mère, et, d'autre part, le permettrait entre frères et sœurs unis moins étroitement, c'est-à-dire n'ayant qu'un auteur commun.

Les arguments donnés par l'auteur précité à l'appui de sa manière de voir ne nous paraissent nullement décisifs. Il nous semble d'abord qu'on ne peut attacher un grand poids, pour résoudre une question de droit attique qui se pose à l'époque classique, aux récits mythologiques ou aux légendes homériques. Il faut observer, d'ailleurs, que même en ce qui concerne le mariage de Zeus avec sa sœur Héra, un des anciens auteurs [1] qui le rapporte, nous dit qu'il a été contracté suivant les lois des Perses et des Assyriens, d'où il semble résulter, *a contrario*, qu'il était en opposition avec la loi grecque. Quant à la légende d'Eole, à supposer qu'elle n'ait point une signification spéciale que nous n'avons pas à rechercher ici, elle a bien peu d'autorité si l'on songe combien la notion du mariage s'était modifiée des temps homériques à l'époque classique.

L'argument le plus sérieux, en apparence, est celui qui est tiré du mariage de Cimon avec sa sœur Elpinice, mais, à notre avis, il est fort incertain. D'une part, en effet, nous ne savons pas au juste quelle a été la nature des relations de Cimon avec sa sœur, et selon Plutarque, quelques auteurs seulement prétendent qu'il l'a prise en mariage. Le texte d'Athénée [2] qui fait allusion à ce commerce de Cimon avec sa sœur ferait plutôt croire qu'il a été illégitime. Il en est de même du texte d'Andocide qui parle de l'ostracisme pro-

(1) Lucien, *Sacrif.*, c. 5 : ἔγημε δὲ πολλὰς καὶ ἄλλας, ὑστάτην δὲ τὴν Ἥραν, τὴν ἀδελφὴν κατὰ τοὺς Περσῶν τοῦτο καὶ Ἀσσυρίων νόμους.

(2) Athénée, XIII, c. 56 : καὶ Κίμωνος δ' Ἐλπινίκῃ τῇ ἀδελφῇ παρανόμως συνόντος εἶθ' ὕστερον εκδοθείσῃ Καλλίᾳ καὶ φυγαδευθέντος μισθὸν ἔλαβε τῆς καθόδου αὐτοῦ ὁ Περικλῆς τὸ τῇ Ἐλπινίκῃ μιχθῆναι.

noncé contre Cimon à cette occasion. En supposant, du reste, que ce soit un véritable mariage que Cimon ait contracté avec Elpinice, il s'agit de savoir quelle espèce précise de cognation existait entre eux. Athénée, Andocide et Plutarque disent simplement en parlant d'Elpinice qu'elle était ἀδελφή de Cimon, sans spécifier si elle était germaine ou simplement consanguine. Cornelius Nepos paraît, il est vrai, tout-à-fait formel et il qualifie Elpinice de *soror germana*, ce que l'on veut traduire par sœur de père et de mère. Il faut cependant observer que cette traduction serait en contradiction directe avec la suite du texte, où Cornelius Nepos justifie ce mariage de Cimon en disant qu'à Athènes il était permis d'épouser une femme *eodem patre natam*, c'est-à-dire une sœur consanguine. Le mot *germana* employé par l'historien latin n'a point, en outre, nécessairement la signification qu'on lui prête de sœur *germaine*, dans le sens moderne de cette expression. Si, en effet, on se réfère au témoignage de Festus, qui a évidemment plus d'autorité pour l'interprétation de Cornelius Nepos qu'un texte bien postérieur des Institutes de Justinien [1], on voit que le mot *germana* signifie *ex eodem germine genita* et, par suite, correspond à l'expression ὁμοπάτριος des auteurs grecs plutôt qu'à l'expression *germaine* du droit moderne. Tout ce que l'on peut donc retenir de certain dans Cornelius Nepos, c'est la règle, posée en termes non équivoques, que les Athéniens peuvent *eodem patre natas uxores ducere*.

Quant au texte de Minucius Felix allégué par Hruza, il ne nous paraît pas plus décisif que celui de Cornelius Nepos, car l'auteur se borne à dire que chez les Athéniens *jus est... cum sororibus legitima matrimonia*, sans rien préciser, et l'on peut dire que Minucius Felix se réfère implicitement aux mariages avec les sœurs consanguines, les seuls qui, selon nous, soient permis.

(1) Inst. § 4, *De legit. adgn. succ.*, III, 2.

Nous ne saurions, d'autre part, nous arrêter aux objections que Hruza élève contre les arguments présentés à l'appui de l'opinion générale. Peu importe que Plutarque ne fasse pas mention, dans sa vie de Solon, de la loi sur le mariage entre frères et sœurs ὁμοπάτριοι, car on ne peut prétendre que cet historien ait fait, dans sa biographie, une énumération complète des lois édictées par le législateur athénien. En supposant même que la loi qui nous occupe n'émane pas de ce dernier, ce ne serait pas une raison suffisante pour en écarter l'authenticité. On sait, en effet, l'abus qui a été fait du nom de Solon, à qui orateurs et historiens n'ont pas hésité, afin de leur donner une plus grande autorité, à attribuer nombre de lois ayant une autre origine. Tel a pu être le cas de Philon sans que pour cela il soit nécessaire de considérer comme apocryphe la loi qu'il place sous le nom de Solon. Quant à l'explication des mots οὐχ ὁμομήτριος donnée par Hruza, elle nous paraît assez arbitraire. Le sens tout naturel de cette expression est plutôt, à notre avis, de désigner les frères et sœurs consanguins par opposition aux frères et sœurs utérins, et l'observation faite à propos du mariage d'Archeptolis ou de l'aïeul de Sosithée ne se comprendrait guère, si elle n'avait pas pour but de marquer que ces personnages ont, conformément à la loi, épousé une sœur qui n'était pas issue de la même mère.

Est-il vrai enfin que, comme on l'objecte, la distinction entre les frères et sœurs suivant qu'ils sont consanguins ou utérins soit, au point de vue rationnel, purement arbitraire et incompréhensible ? Nous ne le pensons pas. On peut, en premier lieu, la justifier par certaines considérations d'ordre physiologique et dire, en se fondant sur le rôle respectif du père et de la mère dans l'œuvre de l'enfantement, qu'il y a un lien plus intime entre les frères et sœurs utérins qu'entre les frères et sœurs consanguins. Peut-être, d'autre part, la distinction faite par le droit attique procède-t-elle d'une tradition fort éloignée et remonte-t-elle à l'époque pri-

mitive où le matriarcat était en vigueur chez les ancêtres des Grecs et où la filiation n'existant que par la mère et non par le père, en raison de l'incertitude de ce dernier dans la plupart des cas, on ne considérait comme frères et sœurs que ceux qui avaient la même mère. Cette explication peut trouver une confirmation dans ce que nous rapporte la tradition sur l'état du mariage avant Cécrops et dans la légende d'Ion [1]. Il y a, en outre, la raison donnée par Montesquieu et qui ne manque pas de valeur : « Cet usage, dit-il, tirant son origine des républiques dont l'esprit était de ne pas mettre sur la même tête deux portions de fonds de terre, et par conséquent deux hérédités. Quand un homme épousait sa sœur du côté du père, il ne pouvait avoir, qu'une hérédité, qui était celle de son père ; mais quand il épousait sa sœur utérine, il pouvait arriver que le père de cette sœur, n'ayant pas d'enfants mâles, lui laissât sa succession, et que par conséquent son frère, qui l'avait épousée, en eût deux [2]. » On peut enfin expliquer par un motif religieux la prohibition des mariages entre frère et sœur de même mère dans le cas où le frère utérin était seul enfant de son côté. Lorsqu'en effet la sœur utérine n'avait point de frères germains, elle était appelée, en qualité d'épiclère, à recueillir la succession paternelle et elle devait, pour prévenir l'extinction du culte paternel, épouser l'anchisteus. Si alors, en pareil cas, la fille avait pu épouser son frère utérin, le fils

(1) Cf. Kohler, *Die Jonsage und das Vaterrecht*, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, V, 3, p. 407 et s.

(2) *Esprit des lois*, liv. 5, ch. 5. Montesquieu ajoute : « Qu'on ne m'objecte pas ce que dit Philon que, quoi qu'à Athènes on épousait sa sœur consanguine et non pas sa sœur utérine, on pouvait à Lacédémone épouser sa sœur utérine et non pas sa sœur consanguine. Car on trouve dans Strabon (liv. X) que quand à Lacédémone une sœur épousait son frère, elle avait pour sa dot la moitié de la portion du frère. Il est clair que cette seconde loi était faite pour prévenir les mauvaises suites de la première. Pour empêcher que le bien de la famille de la sœur ne passât dans celle du frère, on donnait en dot à la sœur la moitié du bien du frère. »

issu de cette union aurait naturellement continué le culte de son aïeul paternel et le culte de l'aïeul maternel aurait été abandonné, ce qui, aux yeux des Grecs, constituait un grand malheur [1].

Nous considérerons donc comme étrangère au droit attique la règle qui permet le mariage entre frères et sœurs germains ou utérins. Elle a pu être admise chez des peuples avec lesquels les Athéniens se trouvaient en relations, mais, comme le dit Euripide, c'est une coutume barbare, βάρβαρον γένος [2]. Il semble même que les mariages entre frères et sœurs consanguins, bien qu'autorisés par la loi, aient été mal vus par l'opinion publique [3].

En supposant que le mariage soit prohibé entre frères et sœurs utérins, doit-on en conclure que tout commerce incestueux entre eux est réprimé par la loi pénale? La question ne nous semble pas pouvoir être résolue avec certitude. Andocide [4] rapporte bien que Cimon fut frappé d'ostracisme pour avoir eu des relations illégales avec sa sœur. Mais on ne peut faire grand cas de ce passage d'Andocide pour un double motif, d'abord parce que la nature des relations de Cimon avec sa sœur est fort incertaine et qu'on ne peut même savoir au juste si Elpinice était la sœur utérine ou consanguine de Cimon, et, en second lieu, parce que l'ostracisme n'a point, dans le droit attique, le caractère d'une peine proprement dite, et ne constitue qu'une mesure politique imaginée pour éloigner d'Athènes les hommes dont l'influence excessive pouvait compromettre l'avenir des institutions démocratiques. En admettant même que l'inceste entre ascendants et descendants ait été puni par la loi, ce

(1) Cf. Ciccotti, p. 15-16.

(2) *Andromaque*, v. 173. V. *supra*, p. 164.

(3) Cf. Lysias, *C. Alcib.*, (XIV), I, § 41 : οὐχ οἱ μὲν πολλοὶ αὐτῶν ἡταιρήκασιν, οἱ δὲ ἀδελφαῖς συγγεγόνασι, τοῖς δ'ἐκ θυγατέρων παῖδες γεγόνασιν ; — V. Platner *Process*, II, p. 247 ; Becker, *loc. cit.*

(4) *C. Alcib.*, IV, § 33 : οἵτινες ἐξωστράκισαν Κίμωνα διὰ παρανομίαν ὅτι τῇ ἀδελφῇ τῇ ἑαυτοῦ συνῴκησε.

n'est pas une raison pour admettre que des pénalités analogues aient également frappé l'inceste entre frères et sœurs, car l'inceste *juris civilis* est moins grave, à tous égards, que l'inceste *juris gentium* [1].

En dehors d'Athènes, le mariage est-il également prohibé entre frères et sœurs ? Pour la Grèce proprement dite, nous n'avons de renseignements qu'en ce qui concerne le droit spartiate, et encore le texte de Philon [2] qui s'y réfère est-il assez équivoque. Suivant cet auteur, le législateur spartiate, à l'inverse du législateur athénien, aurait interdit le mariage entre frères et sœurs consanguins et l'aurait permis, au contraire, entre frères et sœurs utérins, ὁμογάστριοι [3]. Mais cette distinction, absolument opposée à celle du droit attique, ne saurait se justifier par aucun motif sérieux. Aussi serions-nous assez disposé à admettre l'interprétation donnée par Wachsmuth [4] au texte de Philon et d'après laquelle la législation de Sparte aurait, au contraire, concordé sur ce point avec celle d'Athènes.

On cite encore le cas des enfants de Denys l'ancien, de Syracuse. Sophrosyne, issue du mariage du tyran avec Aristomaque, épousa son frère Denys le jeune. Mais Sophrosyne n'était sœur de son mari que par son père, ὁμοπάτριος [5]. Ce n'est donc que l'application de la loi athénienne, telle que nous l'avons interprétée [6].

On signale enfin le cas de Ptolémée qui aurait épousé sa

(1) Cf. Hruza, II, p. 163. *Contra* : Thonissen, p. 325.

(2) *Supra cit.* p. 166. Cf. Jannet, *Instit. de Sparte*, p. 95 ; Hruza, II, p. 165, note 20 et p. 171.

(3) V. toutefois Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, ch. 5, *supra*, p. 171 note 2. Mais l'explication donnee par Montesquieu ne repose point sur une base exacte. V. les observations de l'abbé Barthélemy sur ce passage de Montesquieu.

(4) *Hell. Alterth.*, II, p. 151, note 11. Cet auteur ponctue différemment le texte de Philon et le lit ainsi : τὸν ἐπὶ τοῖς ὁμογαστρίοις γάμον, ἐπιτρέψας τὸν πρὸς τὰς ὁμοπατρίους, ἀπεῖπεν.

(5) Cf. Plutarque, *V. Dionys.*, c. 6 ; Cornelius Nepos, *Dion*, c. 1.

(6) Cf. Hruza, II, p. 171.

sœur Arsinoé. Mais il est assez équivoque, d'abord parce qu'on ne peut savoir exactement si celle-ci était la sœur germaine ou simplement consanguine de Ptolémée, et, en second lieu, parce que, suivant même Pausanias, qui présente Arsinoé comme ἀδελφὴ ἀμφοτέρωθεν, Ptolémée s'est marié non point selon la loi macédonienne, mais selon la loi égyptienne [1] [2].

Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que de la parenté naturelle. La parenté civile résultant de l'adoption produit-elle également un empêchement au mariage ? Il faut répondre affirmativement en ce qui concerne la ligne directe et dire que l'adoptant ne peut, tant que dure l'adoption [3], épouser sa fille adoptive. Mais l'adoption à Athènes, à la différence de ce qui avait lieu à Rome [4], ne crée aucun obstacle au mariage entre l'adopté et ses sœurs adoptives [5]. Le mariage de l'adopté avec une fille de l'adoptant est, au contraire, très fréquent, et nous verrons ultérieurement qu'il est même imposé par la loi quand l'adoption se réalise par testament.

Quant à l'alliance elle ne forme, à Athènes, ni en ligne directe, ni, à plus forte raison en ligne collatérale, aucun obstacle au mariage [6]. Nous avons vu, au contraire, en étudiant la question de la polygamie, que Callias [7] a épousé suc-

(1) Pausanias, I, 7, 1 : Πτολεμαῖος Ἀρσινόης ἀδελφῆς ἀμφοτέρωθεν ἐρασθεὶς ἔγημεν αὐτὴν Μακεδόσιν οὐδαμῶς ποιῶν νομιζόμενα, Αἰγυπτίοις δὲ, ὧν ἦρχε. Cf. Justin, *Hist.*, XXVIII, c. 1 ; Hruza, II, p. 171.

(2) Une inscription d'Halicarnasse (*Bulletin*, IV, p. 399), signale probablement un cas de mariage entre frère et sœur. Mais cela n'a rien d'étonnant si l'on songe qu'il s'agit de Cariens, peuple de race différente des Grecs. On sait, du reste, que des dynastes cariens, Idrieus et Mausole, avaient épousé leur sœur.

(3) En droit romain, au contraire, le mariage demeure prohibé entre l'adoptant et sa fille adoptive même après la dissolution de l'adoption. Inst. § 1, *De nuptiis*, I, 10.

(4) Inst. § 2, *De nuptiis*, I, 10. Seulement, en ligne collatérale, le mariage devient possible une fois que l'adoption est dissoute.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 503.

(6) Mayer, t. 2, p. 294.

(7) Andocide, *De Myster.*, §§ 124 et s.

cessivement la fille et la mère, et que c'est même une question de savoir s'il n'a pas été bigame avec elles [1].

Dans le cercle restreint de la parenté où, suivant nous, le mariage est interdit, c'est-à-dire entre ascendants *in infinitum* et entre frères et sœurs de même mère, il ne saurait être question de dispenses pouvant lever la prohibition [2]. La théorie moderne des dispenses de mariage est étrangère au droit attique et, d'ailleurs, elle ne pourrait s'y justifier.

En dehors des relations de parenté, il n'existe aucun obstacle au mariage provenant de relations de puissance. On a cependant prétendu que, du moins pendant un certain temps, le droit attique avait, comme le droit romain, admis certains empêchements au mariage provenant de la tutelle et destinés à protéger les mineurs contre l'avidité de leurs tuteurs [3]. Ainsi d'abord Diogène Laërce [4] attribue à Solon une loi qui, d'une part, aurait interdit au tuteur d'épouser la mère de son pupille et, d'autre part, aurait déclaré incapable d'exercer la tutelle celui qui était appelé à succéder au pupille [5]. Abstraction faite de cette dernière incapacité, sur laquelle nous reviendrons en étudiant la tutelle, la prohibition du mariage entre le tuteur et la mère de son pupille est contredite d'une manière formelle par plusieurs exemples tirés des plaidoyers des orateurs. Tel est d'abord le cas de Démosthène dont la mère a été donnée en mariage par le père de Démosthène au tuteur du grand orateur. Tel est aussi celui de Phormion qui épouse la femme du banquier Pasion et devient le tuteur du fils de celui-ci [6]. Nous cite-

(1) V. *supra*, p. 64 et s.

(2) Cf. Mayer, t. 2, p. 313.

(3) Cf. Wachsmuth, II, p. 169.

(4) I, 56 : τὸν ἐπίτροπον τῇ ὀρφανῶν μητρί μὴ συνοικεῖν, μηδ' ἐπιτροπεύειν εἰς ὃν ἡ οὐσία ἔρχεται τῶν ὀρφανῶν τελευτησάντων. — Ægidius Menagius (*in* Hübner, *Comm. in Diog.* vol. I, p. 220), croit à l'existence de cette prohibition.

(5) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5.

(6) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 8 : τὴν μὲν γυναῖκα λαμβάνει κατὰ τὴν διαθήκην, τὸν δὲ παῖδ' ἐπετροπεύεν.

rons enfin celui de Théophraste, qui, épousant la veuve d'Euthycrate, exerce la tutelle d'Astyphile et d'une fille que sa femme avait eus de son premier mariage [1]. En présence de ces exemples incontestables, on a été obligé de dire ou bien que la prohibition de Solon était tombée en désuétude à l'époque des orateurs, ou que, du moins, cette prohibition n'était plus applicable quand, dans son testament, le défunt avait déféré la tutelle de ses enfants au nouveau mari de sa veuve [2]. Nous croyons qu'il faut aller plus loin et considérer purement et simplement comme apocryphe la loi de Solon. Le cas d'Astyphile montre, en effet, l'inexactitude de la proposition d'après laquelle le mariage entre le tuteur et la mère du pupille ne serait permis que dans le cas où le défunt l'aurait autorisé par son testament. Peut-être la prohibition dont nous nous occupons a-t-elle existé dans le dernier état du droit attique et, par un procédé assez familier aux orateurs ou aux historiens, a-t-elle été attribuée sans raison à Solon, comme beaucoup d'autres lois d'une époque postérieure à ce législateur [3].

Suivant certains rhéteurs [4], le mariage aurait encore été prohibé entre la pupille et son tuteur ou le fils de son tuteur. Mais cette prohibition, quelque raisonnable qu'elle puisse paraître, ne nous semble pas mieux fondée que la précédente. Elle est, en effet, en contradiction avec ce que nous dit Isée dans son plaidoyer sur l'héritage de Philoctémon. On y voit qu'après la mort de Pistoxène, sa fille Callipe a été sous la tutelle d'Euctémon et que Callipe a eu avec

(1) Isée, *De Astyph. her.*, §§ 27 et 30.

(2) Cf. Petit, VI, p. 545, 546; Wachsmuth, *loc. cit.*; Platner, *Process*, II, p. 247.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 503; Van den Es, p. 164; Hermann-Thalheim, p. 15; Schulthess, p. 81.

(4) Syrianus, *Schol. ad Hermog.*, p. 132 (*Rhet. gr.* ed. Walz, IV, p. 328, 6): νόμος τὴν ἐπιτροπευομένην γυναῖκα μήτε τὸν ἐπίτροπον μήτε τὸν παῖδα αὐτοῦ γαμεῖν. Kyros, π. διαφορᾶς στάσεων (*ibid.* VIII, p. 387, 11): νόμος τὴν ὀρφανὴν μήτε τὸν ἐπίτροπον γαμεῖν μήτε τὸν τοῦ ἐπιτρόπου παῖδα.

ce dernier, et alors qu'elle était encore sa pupille, deux enfants que les adversaires d'Isée présentent comme ayant droit à la succession litigieuse [1]. Or, il n'est dit nulle part que ces enfants, qui sont manifestement présentés comme légitimes, γνήσιοι, soient nés d'une union prohibée par la loi, et l'orateur n'aurait certes pas manqué de se prévaloir d'un semblable argument pour réfuter *a priori* les allégations de ses adversaires et écarter de la succession les enfants issus suivant eux de l'union de Callipe et d'Euctémon [2].

Le tuteur ne peut-il du moins épouser sa pupille qu'après qu'il a rendu ses comptes ? Cette prohibition, bien que reposant sur un motif très sérieux, à savoir que le tuteur ne cherche point par un mariage à éluder la nécessité de rendre compte, serait également, selon nous, purement conjecturale dans le droit attique [3].

§ 4. — *Empêchement provenant de l'extranéité : épigamie.*

L'extranéité de l'une des parties est-elle un empêchement à l'existence d'un mariage légitime produisant tous les effets de l'union contractée entre deux citoyens ? La question est fortement controversée. Dans une première théorie, qui est généralement admise [4], il ne peut exister de mariage légiti-

(1) Isée, *De Philoct. her.*, § 13 : καταλιπόντα ταύτην θυγατέρα παρὰ τῷ Εὐκτήμονι, ἐξ ἐπιτροπευομένης δὲ τούτῳ γενέσθαι. — Cf. Schœmann, sur Isée, p. 330, 331.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 503 ; Schulthess, p. 82 ; Ciccotti, p. 19.

(3) Platner, *Process*, II, p. 247. *Secus* en droit romain : V. Accarias, I, n° 90 *a*.

(4) Schœmann-Galuski, I, p. 407 ; Platner, *Process*, II, p. 246 et *Beitraege*, p. 106 ; Thonissen, p. 346 ; Hermann-Thumser, p. 443 ; Van den Es, p. 23 ; Gilbert, I, p. 208 ; Ciccotti, p. 16 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 442 ; Van Stegeren, p. 64 ; Caillemer, *Naturalisation*, p. 391 ; Hermann-Thalheim, p. 21, note 2 ; Riehemann, *De litis instrumentis quæ exstant in Demosthenis quæ*

me qu'entre citoyen et citoyenne, à moins que, par une faveur spéciale, le droit de contracter un mariage valable, c'est-à-dire l'épigamie (ἐπιγαμία), n'ait été accordé à un étranger, soit individuellement, ce qui était le cas habituel, soit à des communautés entières. Dans un autre système, il n'existe, au contraire, aucun obstacle au mariage provenant de l'extranéité de l'une des parties [1].

La théorie dominante a pour principal fondement, les lois citées dans le discours de Démosthène contre Néèra et qui punissent de peines assez sévères le mariage contracté dans certaines conditions entre citoyens et étrangers et qui, dit-on, supposent qu'en principe le mariage n'est permis qu'entre personnes jouissant toutes deux du droit de cité. Elle s'appuie, en outre, sur un certain nombre de cas où il y aurait eu concession de l'épigamie soit à des citoyens isolés, soit à des cités, et d'où il résulte, *a contrario*, dit-on, que, sans cette concession, les étrangers ne peuvent contracter de mariage valable avec les Athéniens.

Le plaidoyer contre Néèra renferme plusieurs dispositions pénales concernant les mariages mixtes. Une première loi, citée par Apollodore au § 17, est ainsi conçue : « Si un étranger vit avec une Athénienne, par quelque détour ou sous quelque prétexte que ce soit (ἐὰν δὲ ξένος ἀστῇ συνοικῇ τέχνῃ ἢ μηχανῇ ἡτινιοῦν), il pourra être accusé devant les thesmothètes par tout Athénien ayant droit de porter une accusation. S'il est déclaré coupable, il sera vendu lui-même et ses biens, et le tiers du prix appartiendra au poursuivant. Il en sera de même si une étrangère vit avec un Athénien (ἔστω δὲ καὶ ἐὰν ἡ ξένη τῷ ἀστῷ συνοικῇ) ; dans ce cas, l'homme qui aura pris avec lui l'étrangère (ὁ συνοικῶν τῇ ξένῃ) décla-

fertur oratione adversus Neæram, p. 38 : Becker, *Chariklès*, III, p. 287 ; Meier, *De bonis damnat.*, p. 45 ; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 41, note 1, p. 311, note 19, II, p. 290, note 13 ; Clerc, *Les métèques Athéniens*, p. 207 ; Müller-Busolt, IV, 1, p. 141 ; Bruyn de Neve Moll, p. 82.

(1) Wachsmuth, II, p. 144 ; Zimmermann, p. 52 ; Hruza, II, p. 102 et s.

rée coupable, payera une amende de mille drachmes [1]. » Le commentaire que donne Apollodore de cette loi dans son plaidoyer n'apprend rien de plus que ce que dit le texte même [2]. L'autre loi, relative aux mariages mixtes et citée par Apollodore au § 52, porte : « Si quelqu'un [3] donne en mariage à un Athénien une femme étrangère [4] comme étant sous sa puissance (ἐὰν δὲ τις ἐκδῷ ξένην γυναῖκα ἀνδρὶ Ἀθηναίῳ ὡς ἑαυτῷ προσήκουσαν), il sera frappé d'atimie, ses biens seront confisqués et le tiers appartiendra à la partie qui aura obtenu la condamnation. L'accusation sera portée devant les thesmothètes par toute personne ayant le droit d'accuser, comme les poursuites devant les étrangers qui se font passer pour citoyens. » Ces deux lois, dit-on, ne se comprennent que dans une législation qui interdit, en principe, le mariage entre citoyens et pérégrins, et elles ont leur raison d'être dans les dangers qui pouvaient résulter pour la République de l'usurpation des droits de cité au moyen de mariages contractés par des citoyens ou des citoyennes d'Athènes avec des personnes appartenant à une nationalité étrangère. Comme le dit Thonissen, « dans un pays où la religion et le gouvernement étaient étroitement unis, où les magistratures étaient des sacerdoces, où la décision du sort pouvait porter le plus humble des citoyens aux dignités les plus élevées de la République, l'usurpation

(1) Trad. Dareste, II, p. 316.

(2) § 17 : τοῦ μὲν νόμου τοίνυν ἀκηκόατε, ὦ ἄνδρες δικασταί, ὃς οὐκ ἐᾷ τὴν ξένην τῷ ἀστῷ συνοικεῖν, οὐδὲ τὴν ἀστὴν τῷ ξένῳ, οὐδὲ παιδοποιεῖσθαι, τέχνῃ οὐδὲ μηχανῇ οὐδεμιᾷ.

(3) Il est évident qu'il ne peut s'agir que d'un citoyen athénien. Cela résulte d'ailleurs du texte même du plaidoyer au § 52. Cf. Van den Es, p. 23, Stæker, p. 33 ; Hruza, p. 136 ; Riehemann, p. 41.

(4) Il ne s'agit point seulement ici de celui qui donne en mariage sa fille, mais, d'une manière générale, de celui qui donne en mariage, en la présentant comme citoyenne, une personne dont il est le kyrios, sa sœur, par exemple, aussi bien que sa fille. Hruza, II, p. 136. Contra : Buermann, *Drei Studien*, p. 629 ; Dareste, *loc. cit.* II, p. 328.

du droit de cité présentait une gravité exceptionnelle [1]. »
Aussi le législateur a-t-il édicté un châtiment très sévère [2], non-seulement pour l'usurpation directe du droit de cité par un étranger, ce qui est le cas de la γραφή ξενίας, mais aussi pour l'introduction frauduleuse dans la cité d'enfants nés d'un mariage mixte et qui légalement ne devraient pas avoir la qualité de citoyens. Les lois en questions supposent d'ailleurs, comme le prouvent les expressions τέχνῃ ἢ μηχανῇ, que l'étranger ou l'étrangère a commis un dol ou une fraude pour épouser une personne jouissant du droit de cité. Si donc la partie étrangère est de bonne foi, c'est-à-dire si elle croit posséder elle-même le droit de cité, elle n'encourt aucune pénalité [3].

(1) *Droit pénal*, p. 339.

(2) Van den Es (p. 22) fait, à propos de la sanction édictée par la première des lois précitées, la double observation suivante. D'abord, dit-il : « Qui juris atque justitiæ rationi conveniret cum qui mulierem peregrinam hujus dolo et fraude circumventus duxisset multari mille drachmis ? » Si l'observation est juste en elle-même, la loi ne mérite peut-être pas la critique dont elle est l'objet et qui ne provient que d'une interprétation inexacte. Riehemann (p. 38) propose, à plus juste titre, selon nous, de traduire la phrase ἔστω δὲ καὶ κτλ. en disant : « Mulierem peregrinam, quæ legem violavisset, iisdem pœnis teneri quibus peregrinum ». L'autre critique dirigée par Van den Es contre la loi citée par Apollodore, c'est que « injustum foret civem atticum qui peregrinam duxisset multari, cum civis attica quæ peregrino nupsisset non multaretur. » Mais peut-être, comme l'observe Riehemann (p. 39), Apollodore n'a-t-il point fait une citation intégrale de la loi, et celle-ci pouvait renfermer une disposition finale relative à la citoyenne qui avait épousé un pérégrin, disposition étrangère d'ailleurs au cas de Stéphanos et de Néèra et que, par suite, Apollodore n'avait aucun intérêt à produire. Au surplus, on comprendrait très bien que la loi n'eût frappé d'aucune peine la citoyenne mariée à un étranger en réservant sa sévérité pour le citoyen marié à une étrangère. Il n'y a pas, en effet, de raison suffisante pour punir la citoyenne mariée à un étranger, car, d'une part, une fois le mariage conclu, ce n'est pas elle, mais son mari qui introduit dans la phratrie les enfants nés du mariage et leur fait usurper le droit de cité, et, d'autre part, elle n'a commis aucun dol en se mariant et n'a point simulé une nationalité qu'elle ne possédait point.

(3) La date des lois cités par Apollodore ne peut pas être déterminée avec précision. On peut seulement dire qu'elles sont postérieures soit à Périclès (Buermann, *loc. cit.* p. 630, 634 ; Hruza, II, p. 141, 142), soit à Euclide (Hermann-Thalheim, p. 21, note 2. Cf. Philippi, *Beitraege*, p. 62 et *Staatsalt.* § 78.

. Le droit attique aurait même, suivant certains auteurs [1], fortifié par une autre sanction pénale la prohibition du mariage entre Athéniens et étrangers. Cette autre sanction consisterait dans une action dite ἐξαγωγῆς δίκη, applicable au cas où un citoyen d'Athènes, agissant en qualité de kyrios, donnait en mariage une Athénienne à un étranger Cette action, dont l'existence est, dit-on, attestée par deux textes de Démosthène [2], aurait été de la compétence des thesmothètes, comme celles qui ont trait à l'usurpation du droit de cité par un étranger, mais on ne saurait, dans le silence des textes, dire quelles conséquences pénales elle entraînait.

Le mariage ainsi interdit, en principe, entre Athéniens et étrangers, devient possible néanmoins, dans l'opinion que nous exposons, par suite de la concession de l'épigamie soit à un étranger déterminé, soit à la cité à laquelle il appartient [3]. Il y a là ainsi quelque chose de semblable à ce qui existait dans la législation romaine, où les pérégrins, sans acquérir le droit de cité, recevaient quelquefois la concession du *connubium*, soit d'une manière générale, soit par rapport à telle personne seulement. Ainsi il nous est parvenu plusieurs cas de concession de l'épigamie à des cités entières. Tel est, en premier lieu, le cas des Platéens auxquels, suivant Isocrate [4], l'épigamie fut accordée en récom-

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 433-444 ; Riehemann, p. 39. Cf. Van den Es, p. 31-33 ; Platner, *Process*, II, p. 72.

(2) Démosthène, *C. Timocr.* (XXIV), § 203 : ὅς οὖν τὴν μὲν ἀδελφὴν ἐπ' ἐξαγωγῇ φησὶ μὲν ἐκδοῦναι πέπ αχε δὲ τῷ ἔργῳ κτλ. *C. Aristog.* I (XXV), § 55 : καὶ τὴν ἀδελφὴν τὴν ἑαυτοῦ οὐχ ὁμοπατρ αν μὲν οὖσαν.... ἐπ' ἐξαγωγῇ ἀπέδοτο, ὡς φησι τὸ ἔγκλημα τῆς δίκης, ἣν ὑπὲρ τούτων ἔλαχεν αὐτῷ ὁ ἀδελφός. Cf. Schol. 58 p. 788. 3.

(3) La concession de l'épigamie résulte implicitement de la concession du droit de cité, soit à une personne déterminée, soit à une ville. Cf. Van den Es, p. 24 ; Philippi, *Beitraege*, p. 70.

(4) Isocrate, *Plataicus* (XIV), § 51, met ces paroles dans la bouche de son Plataicus : καὶ γὰρ οὐδ' ἀλλότριοι τυγχάνομεν ὑμῖν ὄντες, ἀλλὰ ταῖς μὲν εὐνοίαις ἅπαντες οἰκεῖοι, τῇ δὲ συγγενε ᾳ τὸ πλῆθος ἡμῶν, διὰ γὰρ τὰς ἐπιγαμίας τὰς δο θείσας ἐκ πολιτίδων ὑμετέρων γεγόναμεν.

pense de leur fidélité à Athènes. Un second cas d'épigamie accordée *in globo* est celui dont parle Lysias dans son discours *De Republica* prononcé en l'an 403, et où, pour combattre la proposition de Phormisios de restreindre le droit de cité aux propriétaires fonciers, il allègue une concession antérieure de l'épigamie aux Eubéens [1]. Le discours de Démosthène sur la couronne parle également de deux décrets portant concession générale d'épigamie. Le premier est un décret des Byzantins accordant l'épigamie aux Athéniens [2], le second un décret rendu sur la proposition de Démosthène, et l'accordant aux Thébains [3]. Quant à la concession individuelle de l'épigamie, il ne nous en est parvenu aucun exemple, mais il est certain qu'elle devait se pratiquer aussi bien que la concession en bloc.

En supposant une concession préalable de l'épigamie rendant possible la conclusion de *justæ nuptiæ* entre les citoyens de deux villes différentes, on a dit que non-seulement les membres de la cité concédante ont la faculté de prendre une épouse légitime dans la cité concessionnaire, mais qu'encore un citoyen de cette dernière peut épouser une personne appartenant à la cité concédante, mais dans celle-ci exclusivement. Ainsi, par exemple, après la concession de l'épigamie aux Thébains par les Athéniens, un Thébain peut contracter mariage avec une Athénienne et un Athénien peut se marier avec une Thébaine, mais ces mariages ne peuvent avoir lieu qu'à Athènes et non à Thèbes [4].

(1) XXXIV, 3 : ἡγοῦμαι ταύτην μόνην σωτηρίαν εἶναι τῇ πόλει, ἅπασιν Ἀθηναίοις τῆς πολιτείας μετεῖναι, ἐπεί, ὅτε καὶ τὰ τείχη καὶ τὰς ναῦς καὶ τὰ χρήματα καὶ συμμάχους ἐκτήμεθα, οὐχ ὅπως Ἀθηναίων τινὰ ἀπώσομεν διενοούμεθα, ἀλλὰ καὶ Εὐβοεῦσιν ἐπιγαμίαν ἐποιούμεθα. νῦν δὲ καὶ τοὺς ὑπάρχοντας πολίτας ἀπολοῦμεν.

(2) § 91 : Ἀθηναίοις δόμεν ἐπιγαμίαν, πολιτείαν, ἔγκτασιν γᾶς καὶ οἰκῶν, προεδρίαν ἐν τοῖς ἀγῶσι, πόθοδον ποτὶ τὰν βουλὰν καὶ τὸν δᾶμον πρώτοις μετὰ τὰ ἱερά.

(3) § 187 : συνθέσθαι πρὸς αὐτοὺς (scil. Θηβαίους) καὶ συμμαχίαν καὶ ἐπιγαμίαν ποιήσασθαι καὶ ὅρκους δοῦναι καὶ λαβεῖν.

(4) Van den Es, p. 26.

Van den Es [1] se demandant, d'autre part, si l'épigamie est réciproque, dit que, dans l'état actuel des sources, la question ne peut être résolue avec certitude ; mais il penche plutôt pour la négative. Bruyn de Neve-Moll [2], tout en reconnaissant que très souvent la concession d'épigamie était réciproque, ainsi qu'en témoignent les inscriptions [3], ne croit pas que la réciprocité découlât nécessairement du décret de concession. Nous ne chercherons pas à trancher cette question, qui, pour nous n'offre pas d'intérêt, puisque nous rejetons entièrement la théorie de l'épigamie [4].

On a dit enfin, dans la théorie de l'épigamie, que les enfants nés de deux personnes mariées en vertu d'une concession d'épigamie ne peuvent devenir citoyens athéniens qu'à la condition de demeurer sur le territoire d'Athènes, en témoignant ainsi de leur volonté de rester attachés à cette cité. On cite en ce sens les Platéens dont les enfants étaient retournés dans leur ville d'origine après la réédification de celle-ci et qui, ayant dû l'abandonner de nouveau et se réfugier encore à Athènes, implorèrent une nouvelle concession de droits et, pour mieux l'obtenir, alléguèrent qu'ils étaient nés de citoyennes athéniennes [5].

Les partisans de cette théorie ne sont pas d'ailleurs d'accord sur le point de savoir à quelle époque l'épigamie est devenue une condition légale du mariage. D'après Van den Es [6], avant Périclès la loi n'interdisait point les mariages entre Athéniens et étrangers, mais il était nécessaire, dès les temps les plus reculés, pour qu'un enfant possédât

(1) P. 26, 27.
(2) P. 85.
(3) Cf. *Corp. inscr. gr.* II, p. 392 *d*, et n. 2556.
(4) Xénophon, *Hist. gr.* V, c. 2, § 19, dit en parlant des Olynthiens et de leurs alliés : εἰ μέντοι συγκλεισθήσονται ταῖς τε ἐπιγαμίαις καὶ ἐγκτήσεσι παρ' ἀλλήλοις ἃς ἐψηφισμένοι εἰσίν. Mais, selon Van den Es, ce témoignage ne prouve rien. Cf. Hruza, II, p. 154, note 20.
(5) Ciccotti, p. 17.
(6) P. 28.

la plénitude des droits civils et civiques, qu'il fût né de père et de mère jouissant tous les deux du droit de cité. Si, en effet, on se réfère à la formule du serment prêté par le père de famille lors de l'introduction d'un enfant dans la phratrie [1], il est difficile d'admettre que les règles relatives à cette formalité soient d'une origine récente. Si Solon n'a point édicté la loi prohibant les mariages mixtes, c'est qu'à son époque les citoyens ne songeaient point à contracter de semblables unions et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de les leur interdire légalement. Mais lorsque les mœurs antiques se relâchèrent et que de fréquents mariages avec des pérégrins vinrent menacer d'altérer gravement le sentiment patriotique, Périclès se trouva dans la nécessité de réagir violemment et il rendit le fameux décret en vertu duquel nul ne devait plus jouir de ses droits politiques que s'il était né de père et mère citoyens, décret qui entraîna la radiation de près de cinq mille citoyens. Cet acte eut pour conséquence l'interdiction du mariage entre Athéniens et étrangers. Sans doute, postérieurement à Périclès, dans les dernières années de la guerre du Péloponèse, on se départit quelque peu de la règle rigoureuse édictée par le décret précité, et des enfants nés de mariages mixtes purent usurper le droit de cité. Mais la règle de Périclès fut remise en vigueur, sans effet rétroactif du reste, sous l'archontat d'Euclide, et il paraît certain qu'à l'époque de Démosthène il n'existait pas de connubium entre les Athéniens et les étrangers, à moins d'une concession d'épigamie.

Suivant Philippi [2], la prohibition légale du mariage entre Athéniens et étrangers aurait existé même avant le décret de Périclès. Si, dit-il, il faut en croire Plutarque [3], Solon

(1) Isée, *De Cir. her.*, § 13 : ὀμόσας κατὰ τοὺς νόμους τοὺς κειμένους ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς εἰσάγειν.
(2) *Beiträge*, p. 70.
(3) *Solon*, c. 24.

aurait offert le droit de cité à tous ceux qui auraient consenti à abandonner leur patrie pour venir se fixer à Athènes sans esprit de retour afin d'y exercer quelque industrie. Cette extension du droit de cité a dû provoquer de nombreux mariages mixtes. Que l'épigamie ait été exigée, en pareil cas, c'est ce que l'on ne peut pas établir directement, car le cas authentique le plus ancien de concession d'épigamie est le décret en faveur des Platéens. Mais cette exigence paraît très vraisemblable. La facilité avec laquelle on accordait le droit de cité athénienne laisse bien supposer que l'épigamie devait aussi être très facilement concédée, mais elle n'autorise point à dire que jusqu'à Périclès aucune loi n'a exigé la condition de l'épigamie pour la validité des mariages mixtes. Philippi reconnaît toutefois qu'à une époque où l'on était moins rigoureux en ce qui concerne le droit de cité, on a pu passer quelquefois, par simple tolérance, sur la condition d'indigénat chez la mère et considérer comme citoyens des enfants nés d'une mère étrangère.

La théorie de l'épigamie, que nous venons d'exposer, ne nous paraît, malgré la faveur dont elle a joui jusqu'à présent, reposer sur aucune base sérieuse. Elle a été manifestement inspirée par l'institution romaine du *jus connubii* ou droit de contracter un mariage valable d'après le *jus Quiritium*, les *justæ nuptiæ*, et de jouir de tous les avantages légaux qui en découlent, puissance sur la femme et sur les enfants. Les Latins et les pérégrins pouvaient, sans acquérir le droit de cité, obtenir le connubium soit individuellement, soit collectivement. Mais transporter la théorie du connubium dans le droit attique, c'est méconnaître absolument la différence profonde qui existait entre les deux législations relativement au mariage et à ses effets. Le droit romain admettait, en effet, à côté des *justæ nuptiæ*, envisagées comme union du *jus civile*, le *matrimonium sine connubio*, ou mariage du droit des gens. Ce dernier, contracté entre

deux personnes libres dont l'une, au moins, n'est pas Romaine et qui, par conséquent, n'ont pas le connubium ensemble, est valable d'après le droit des gens. Mais s'il produit un grand nombre des effets du *matrimonium legitimum*, notamment si les enfants qui en naissent ont une filiation certaine, il n'entraîne pas ceux qui sont réservés par la législation si jalouse de l'ancienne Rome aux *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire qu'il ne produit ni la *manus* sur la femme, ni la *patria potestas* sur les enfants. Les pérégrins avaient ainsi un grand intérêt à obtenir le connubium dont la concession leur conférait précisément ces deux avantages, très précieux aux yeux des Romains. Le droit attique, au contraire, ne renferme, en ce qui a trait à la puissance maritale ou à la puissance paternelle, aucune règle spéciale plaçant les Athéniens dans une situation privilégiée par rapport aux citoyens des autres républiques de la Grèce. A ce double point de vue, la concession de l'épigamie n'aurait donc entraîné pour celui qui l'obtenait aucun avantage réservé sans cela aux Athéniens. Elle n'aurait pu avoir d'effet qu'en ce qui concerne la situation juridique des enfants, point qui, à Rome, était envisagé et résolu suivant des principes tout-à-fait indépendants du mode de mariage conclu par les parties. Or, la femme, à Athènes, n'acquérant point, par le mariage, le droit de cité de son mari, les enfants n'auraient pu prétendre au droit de cité que si l'épigamie avait eu pour conséquence de leur conférer ce privilège. Mais précisément cela ne paraît pas avoir été possible, du moins depuis Périclès, si l'on admet que le décret dont il est l'auteur ne s'est point borné à remettre en vigueur une règle antérieure. Ainsi, en définitive, à Athènes, la concession du connubium n'aurait guère renfermé autre chose que la possibilité juridique de contracter un mariage mixte. On peut, dès lors, se demander avec Hruza [1] quel intérêt politique l'Etat

(1) II, p. 143.

athénien ou une cité étrangère auraient pu avoir, celui-là à concéder, celle-ci à obtenir un semblable connubium. Il n'y a donc aucune analogie à établir entre la théorie romaine du connubium et la théorie de l'épigamie qu'on prête aux Athéniens, et c'est bien à tort qu'un grand nombre d'auteurs les comparent l'une à l'autre.

Si, *a priori*, comme nous venons de le montrer, l'institution de l'épigamie n'offre aucun intérêt sérieusement appréciable, est-elle du moins fondée, en fait, sur des documents indiscutables? Nous ne le pensons pas et nous espérons, au contraire, démontrer que, de tout temps, la législation athénienne a autorisé les mariages mixtes et leur a, au point de vue des droits civils, attribué les mêmes effets qu'aux unions contractées entre deux personnes jouissant du droit de cité [1].

Sans nous arrêter à l'époque héroïque où, d'une manière générale, on ne peut, à notre avis, trouver des renseignements bien décisifs pour la solution des questions qui peuvent s'élever dans le droit classique d'Athènes, nous obser-

(1) Le mérite d'avoir établi cette proposition d'une manière indiscutable revient à Hruza, qui a traité la question avec un grand luxe d'arguments. Nous n'aurons le plus souvent qu'a les résumer, heureux de suivre sur ce point un auteur qui a remarquablement approfondi toute la matière du mariage, mais dont certaines théories nous paraissent fort contestables. — Hruza (II, p. 103), préalablement à sa démonstration, observe que les partisans de la doctrine de l'épigamie donnent à l'expression ἐπιγαμία un sens qu'elle ne comportait pas dans le droit grec, du moins d'après les lexicographes. D'après ceux-ci, l'ἐπιγαμία, c'est le mariage considéré comme fondement de l'alliance, ou bien aussi, soit le mariage, soit l'alliance. Pollux, *Onom.* III, § 30 : καὶ κηδεσταὶ μέν ἀλλήλοις ἑκατέρωθεν οἱ τὲ κῆδος συνάψαντες, καὶ πηοὶ κατὰ τοὺς ποιητὰς καὶ προκηδεῖς καθ' Ἡρόδοτον καὶ κῆδος ἡ ἐπιγαμία κατὰ Θουκιδίδην καὶ κηδεία κατὰ Δημοσθένην καὶ κηδεύματα κατὰ Πλατῶνα. Hésychius donne plusieurs explications, v° ἐπιγαμία : συγγένεια ἢ τὸ παρ' ἀλλήλων ἄγεσθαι; v° κηδείους : τοὺς προγενεστέρους ἢ κατ' ἐπιγαμίαν οἰκείους ἢ συγγενεῖς; v° οἰκεῖοι : οἱ κατ' ἐπιγαμίαν ἀλλήλοις προσήκοντες. Cf. v° πηοὶ et προσκηδεῖς. Etymolog. magn., v° κηδεστὴς : κῆδος δὲ εἴρηται ἡ κατ' ἐπιγαμίαν συγγένεια. Lexic. Seguier (Bekker, p. 47), v° κῆδος : σημαίνει καὶ τὴν ἐπιγαμίαν, et (p. 103) κῆδος· οὖ φασι λέγεσθαι ἐπὶ νεκρῶν ἀλλ' ἐπὶ γάμων. Suidas, v° κηδεσταὶ et Eustathius (sur l'Il., V, 474), emploient le mot ἐπιγαμβρία dans le même sens. Les mots ἐπιγαμεῖν et ἐπιγαμία

verons seulement que la notion de l'épigamie et le mot même fait absolument défaut dans Homère. On voit, au contraire, qu'à l'époque héroïque, des princes, accourant de diverses cités grecques, se disputent la main des princesses célèbres sans que la différence de nationalité soit considérée comme pouvant former un obstacle à la validité du mariage : tel est notamment le cas d'Hélène et celui de Pénélope [1]. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de supposer que la faculté de contracter de semblables unions constituât un privilège réservé à la noblesse. Il est vrai que les récits qui nous sont parvenus mettent toujours en scène des princes ou des grands, mais cela est tout naturel. D'autre part, les personnes appartenant aux classes inférieures devaient avoir très peu d'occasions de contracter mariage avec des étrangers [2].

Si nous arrivons à l'époque historique, nous y voyons, par des exemples qui ne sauraient être sérieusement contestés, que le droit attique a, soit avant, soit après le décret de Périclès, reconnu la validité des mariages mixtes. Nous trouvons d'abord, à l'époque antérieure à ce décret, un certain nombre de cas de mariages contractés entre deux personnes de nationalité différente et dont la validité ne paraît avoir soulevé aucune objection. Tel est d'abord le cas de Clisthène, le grand réformateur qui, suivant Hérodote [3], était né d'une mère étrangère, sans que cependant on ait jamais songé à lui refuser le droit de cité, pas plus qu'à son frère

sont aussi employés pour désigner les seconds mariages. Cf. Athénée, XIII, c. 10 ; Andocide, *de Myster.*, I, § 128. Denys d'Halicarnasse (*Arch. rom.*, X, c. 60), se sert du mot ἐπιγαμία en parlant de la disposition de la loi des XII Tables qui a refusé aux plébéiens le connubium avec les patriciens : μὴ ἐξεῖναι τοῖς πατρικίοις πρὸς τοὺς δημοτικοὺς ἐπιγαμίας συνάψαι. Mais précisément la phrase de l'historien exclut le sens technique que l'on prétend donner aujourd'hui à l'expression επιγαμία.

(1) Cf. Preller, *Griech. Myth.*, II, p. 413 ; Friedreich, *Realien*, p. 403 ; *Odyssée*, XI, 287 et s., et *Schol.* sur l'Iliade, XIV, v. 200. — Cf. Hruza, II, p. 104.

(2) Hruza, II, p. 105.

(3) VI, p. 130 et s.

Hippocrate, né du même mariage. Leur grand-père Clisthène, tyran de Sicyone, avait offert, par l'organe d'un héraut, sa fille Agariste en mariage à ὅστις Ἑλλήνων ἑαυτὸν ἄξιον Κλεισθένεος γάμβρον γενέσθαι. Il vint, en effet, à Sicyone des prétendants des différentes cités de la Grèce et notamment Mégaclès d'Athènes, à qui Clisthène maria sa fille par voie d'ἐγγύησις et conformément au droit attique, νόμοισι τῶν Ἀθηναίων. Cette convocation de prétendants appartenant aux nationalités les plus diverses prouve évidemment que les citoyens des différentes villes de la Grèce possédaient le droit de contracter entre eux un mariage valable, car Clisthène ne voulait certainement donner sa fille Agariste qu'en légitime mariage. Ce n'était point, du reste, une règle de droit spéciale à la ville de Sicyone, car précisément Clisthène, en procédant à l'engyésis, se réfère aux lois d'Athènes, qui régissaient Mégaclès, et de plus il parle purement et simplement des νόμοι τῶν Ἀθηναίων, sans faire allusion en aucune manière à un privilège de classe ou à une convention spéciale d'épigamie entre Sicyone et Athènes. Agariste étant destinée à suivre son mari à Athènes, le mariage que lui faisait contracter son père devait certainement être valable d'après la loi athénienne [1]. Aussi le fils de Mégaclès et d'Agariste, le réformateur Clisthène, fut-il toujours considéré comme enfant légitime et comme citoyen [2], et cela même par ses adversaires politiques les plus acharnés [3].

Nous rencontrons peu de temps après un autre exemple de mariage contracté par un citoyen d'Athènes avec une étrangère, celui de Pisistrate. Celui-ci, s'était marié deux fois. D'une première femme, qui était Athénienne, il eut deux

(1) La formalité de l'ἐγγύησις par le kyrios, exigée par le droit attique pour la validité du mariage, avait bien été remplie dans l'espèce. V. *supra*, p. 139.

(2) Il faisait partie du γένος des Alcméonides. Aristote, *Constit. des Ath.*, c. 20, 28.

(3) Aristote, *loc. cit.* c. 20 et s. Cf. Hruza, II, p. 108; Zimmermann, p. 45. V. aussi Meier, *De bonis damn.* p. 46.

fils, Hippias et Hipparque, et d'une seconde femme, qui était Argienne de naissance, il eut deux autres fils, Hégésistrate et Thessalus [1] qui, de même que leurs frères aînés, furent considérés comme légitimes et comme citoyens [2]. Les doutes que l'on aurait pu avoir sur ce point, si l'on se réfère au récit d'Hérodote [3], ne peuvent évidemment tenir devant ce que nous dit Aristote du rôle joué dans la République par les quatre fils de Pisistrate [4].

Thémistocle était également issu d'un père athénien et d'une mère étrangère, bien que tous les historiens ne soient pas d'accord sur la nationalité de cette dernière [5]. Or, le vainqueur des Perses, d'une part, était un enfant légitime, puisque, dit-on, il a été l'objet d'une ἀποκήρυξις de la part de son père Néoclès [6] et que probablement [7] aussi il lui a succédé [8]. Que, d'autre part, Thémistocle ait possédé le droit

(1) Aristote, *loc. cit.* c. 13: Τελευτήσανσος δὲ Πεισίσιτρατου κατεῖχον οἱ υἱεῖς τὴν ἀρχὴν προαγαγόντες τὰ πράγματα τὸν αὐτὸν τρόπον· ἦσαν δὲ δύο μὲν ἐκ τῆς γαμετῆς Ἱππιας καὶ Ἵππαρχος, δύο δ' ἐκ τῆς Ἀργείας, Ἰοφῶν καὶ Ἡγησίστρατος, ᾧ παρώνυμον ἦν Θέτταλος· ἔγημε γὰρ Πεισίστρατος ἐξ Ἄργους ἀνδρὸς Ἀργείου θυγατέρα. — Les deux mariages de Pisistrate avaient certainement la même valeur, et on ne peut sérieusement songer à faire entre eux une distinction en se fondant sur la seule différence des termes ἐκ τῆς γαμετῆς et ἔγημε dont se sert successivement Aristote. Hruza, II, p. 111. — Cf. Hérodote, V, 94 ; Plutarque, *Caton*, c. 24. — V. toutefois Gilbert, I, p. 120, note 2.

(2) Hruza, II, p. 111.

(3) Hérodote (*loc. cit.*) tout en comptant Hégésistrate parmi les Pisistratides, le qualifie de νόθος de Pisistrate γεγονὼς ἐξ Ἀργείας. Cf. Zimmermann, p. 44-45.

(4) Cf. Aristote, *loc. cit.* § 18. Plutarque (*loc. cit.*) parait également ne faire aucune différence entre les quatre fils de Pisistrate. Le langage qu'il met dans la bouche de Caton l'Ancien témoigne, au contraire, que les fils du second lit devaient être citoyens comme ceux du premier lit: Εὐφήμησον, ὦ παῖ, πάντα γὰρ ἀγαστά μοι τὰ παρὰ σοῦ καὶ μεμπτὸν οὐδὲν, ἐπιθυμῶ δὲ πλείονας ἐμαυτῷ τε παῖδας καὶ πολίτας τῇ πατρίδι τοιούτους ἀπολιπεῖν.

(5) Cf. Plutarque, *Thémistocle*, c. 1 et 2 ; Cornelius Nepos, *ibid.* c. 1.

(6) Plutarque, *Thémistocle*, c. 2 ; Cornelius Nepos, *ibid.* c. 1.

(7) Nous disons *probablement*, car le passage de Plutarque (*Compar. Arist. et Cat.* c. 1) n'est pas aussi décisif que semble le croire Hruza, II, p. 171.

(8) On ne saurait sérieusement objecter, comme le fait Ciccotti (p. 18), que Thémistocle ne s'est introduit que par un stratagème au milieu des enfants légitimes, appelés à devenir un jour citoyens.

de cité, c'est ce que prouve la dignité d'archonte dont il a été investi à deux reprises différentes [1].

Un autre Athénien illustre, Cimon était pareillement né d'un mariage mixte. Son père Miltiade avait, en effet, épousé Hégésipyle, fille du roi de Thrace Olorus [2]. La mère de Cimon appartenant à une nation considérée comme barbare, il ne saurait être question ici d'une concession d'épigamie. Cimon avait néanmoins la qualité de fils légitime, et c'est même à ce titre qu'il a succédé aux dettes de son père et à son atimie. Il possédait, de plus, incontestablement le droit de cité [3]. Il est fort probable, d'ailleurs, que Cimon avait lui-même contracté mariage avec une étrangère et que cette union avait donné naissance à plusieurs fils légitimes [4].

Si l'on voit ainsi des Athéniens épouser en légitime mariage des femmes étrangères, à l'inverse, il est des exemples de filles de citoyens d'Athènes se mariant avec des étrangers. Tel est notamment le cas de la fille de Thémistocle épousant un habitant de Chio [5] et contractant avec lui, selon toute vraisemblance, un *matrimonium legitimum* [6].

Pour écarter la force de l'argument que nous venons de tirer de l'existence de plusieurs mariages mixtes produisant tous les effets des *justæ nuptiæ*, on a fait une double objection. On a dit d'abord que ces mariages pouvaient s'expliquer par une concession préalable de l'épigamie à la cité

(1) Thucydide, I, 93. — Cf. Hruza, II, p. 111-112 ; Zimmermann, p. 46.

(2) Hérodote, VI, c. 139 ; Plutarque, *Cimon*, c. 4 ; Cornelius Nepos, *Cimon*, c. 1.

(3) Hruza, II, p. 112 ; Zimmermann, p. 46.

(4) Zimmermann, p. 48.

(5) Plutarque, *Thémistocle*, c. 32, dit, en parlant des filles du général athénien : ὧν Μνησιπτολέμαν.... Ἀρχέπτολις ἔγημεν, Ἰταλίαν δὲ Μανθοίδης ὁ Χῖος, Σύβαριν δὲ Νικομήδης ὁ Ἀθηναῖος. Tous ces mariages sont mis sur la même ligne et doivent produire les mêmes effets.

(6) Hruza, II, p. 112. Cet auteur invoque encore en ce sens un passage d'Elien (*Hist.* X, c. 15) où il est dit à propos des filles d'Aristide : τὰς Ἀριστείδου θυγατέρας ἔτι αὐτοῦ περιόντος ἐμνηστεύσαντο οἱ τῶν Ἑλλήνων δοκοῦντες διαφέρειν.

dont faisait partie la femme étrangère épousée par un citoyen d'Athènes. On a allégué, d'autre part, qu'à l'époque dont nous nous occupons, il existait peut-être un droit de connubium réciproque entre tous les Eupatrides des différentes cités grecques, mais que ce privilège n'appartenait pas aux autres classes de la population [1]. A la première objection, nous répondrons qu'il est peu probable qu'à l'époque en question les Athéniens aient accordé une pareille faveur à des cités étrangères. Au surplus, l'exemple de Cimon, né d'une mère Thrace, prouve, comme nous l'avons observé, qu'au moins dans ce cas le mariage avait été tenu pour valable malgré le défaut presque certain d'épigamie. Quant à l'autre objection, nous dirons que rien ne prouve que l'épigamie ait été un privilège réservé à la noblesse, et cela, du reste, n'est guère supposable. Si, en effet, le sentiment national avait été hostile aux mariages mixtes, la noblesse, qui était avant tout le représentant de ce sentiment, n'aurait pas songé à revendiquer pour elle-même exclusivement un privilège condamné par l'opinion. L'exemple de Thémistocle prouverait d'ailleurs que la faculté de contracter un mariage mixte n'était point restreinte aux classes supérieures, du moins si l'on s'en rapporte au témoignage de Plutarque [2] suivant lequel Néoclès, père du vainqueur de Salamine, était un homme de condition médiocre [3]. Il n'est pas étonnant que les historiens ne nous citent aucun cas de mariage mixte parmi les classes bourgeoises de la société, car évidemment de telles unions n'ont point attiré leur attention. En supposant enfin que le privilège de la noblesse ait existé, il devait être restreint aux nobles de race grecque et l'on

(1) Cf. Meier, *De bonis*, p. 46 ; Schenkl, *zur Gesch. des attisch. Burgerr.*, dans les *Wiener Studien*, V, p. 72.

(2) Plutarque, *Thémistocle*, c. 1 : Νεοκλέους οὐ τῶν ἄγαν ἐπιφανῶν Ἀθήνησι.

(3) Cornelius Nepos (*Thémistocle*, 1) dit, au contraire : pater ejus Neocles generosus (εὐγενής) fuit.

ne pourrait point encore expliquer le mariage de Miltiade et d'Hégésipyle [1].

Les enfants nés d'un mariage mixte, que nous considérons comme légitimes et comme citoyens, devaient aussi être admis dans les *gentes* et dans les phratries. Il est vrai que les formules de serment d'introduction dans la phratrie exigent que l'enfant présenté soit né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς [2]. Mais ce sont des formules postérieures à Euclide et rien ne prouve que la condition d'indigénat de la mère ait été également exigée à une époque antérieure. Les phratries devaient, pour l'établissement de leurs réglements intérieurs, se conformer aux principes admis par la loi civile, et si celle-ci, comme nous le croyons, reconnaissait la validité des mariages mixtes, le serment prêté devant les phratores devait seulement porter sur l'engyésis, nécessaire pour fonder le mariage, et le requérant se bornait à jurer que l'enfant était né ἐξ γαμετῆς (ou ἐγγυητῆς) κατὰ νόμον [3].

On peut donc tenir pour certain que, dans la période antérieure au décret de Périclès, les mariages mixtes étaient parfaitement valables et produisaient, tant au point de vue des droits civils qu'en ce qui concerne les droits politiques, les mêmes effets qu'un mariage contracté entre citoyens d'Athènes. La situation relativement favorable faite ainsi aux étrangers à Athènes peut s'expliquer, du reste, par la manière dont s'est effectué l'établissement des Ioniens dans l'Attique. Les conquérants ioniens n'ont point, en effet, à la différence des Spartiates ou des Achéens, procédé par voie de rigueur et d'oppression vis-à-vis de la population autochthone ; ils se la sont, au contraire assimilée, et cette même assimilation s'est produite vis-à-vis d'autres éléments étrangers établis sur le territoire athénien, Thraces, Cariens,

(1) Hruza, II, p. 112 ; Zimmermann, p. 46.
(2) Isée, *De Cir. her.*, § 16 ; *De Apollod. her.*, § 19 ; Démosthène, *C. Eubul.*, § 54.
(3) Hruza, II, p. 114. Cf. Hermann-Thumser, p. 444.

Achéens ou Phéniciens, et des nobles étrangers furent même admis quelquefois parmi les Eupatrides [1]. Étant donnée, d'autre part, la facilité avec laquelle, pour favoriser les progrès de la démocratie, certains réformateurs, comme Solon et Clisthène, ont admis les étrangers dans le sein de la cité et leur ont conféré les droits civils et politiques, il y aurait eu véritablement contradiction à refuser la même faveur à ceux qui se rattachaient déjà à la cité par un de leurs auteurs [2].

Le décret célèbre, rendu en 451 sur la proposition de Périclès, et qui refusait désormais le droit de cité à ceux qui n'étaient point nés de père et mère citoyens [3], μὴ μετέχειν τῆς πόλεως ὃς ἂν μὴ ἐξ ἀμφοῖν ἀστοῖν ᾖ γεγονώς [4], dut avoir une grande influence sur les mariages mixtes [5]. Mais on a, selon nous, fort exagéré cette influence. Nous estimons que le droit de Périclès n'a porté aucune atteinte à la validité des mariages mixtes. Sans doute, les enfants nés de ces unions ne pouvaient plus, comme auparavant, prétendre à la jouissance du droit de cité ; ils devinrent νόθοι au point de vue politique. Mais ils n'en demeurèrent pas moins légitimes, et conservèrent, en principe, la jouissance de tous leurs droits civils, n'étant point ainsi νόθοι au point de vue du droit de famille.

Cette dernière proposition, qui est généralement repoussée, nous paraît établie par des arguments décisifs. On peut

(1) Hermann-Thumser, p. 338.

(2) Hruza, II, p. 116.

(3) Cette aggravation dans la situation de ceux qui n'étaient point nés d'un citoyen et d'une citoyenne ne fut point spéciale à Athènes, et dut également se produire dans les autres républiques grecques. Cf. Aristote, *Polit.* III (5), p. 1278 : εὐποροῦντες δ'ὄχλον κατὰ μικρὸν παραιροῦνται τοὺς ἐκ δούλου πρῶτον ἢ δούλης, εἶτα τοὺς ἀπὸ γυναικῶν· τέλος δὲ μόνον τοὺς ἐξ ἀμφοῖν ἀστῶν πολίτας ποιοῦσιν.

(4) Aristote, *Constit. des Ath.*, c. 26.

(5) Il résulte du traité d'Aristote que le décret de Périclès constituait une innovation. Cf. Hruza, II, p. 123.

citer, en effet, un assez grand nombre de cas de mariages mixtes ayant donné naissance à des enfants dont la légitimité est incontestable. Tel est d'abord le cas de Conon, le célèbre général et qui, au témoignage formel d'Athénée [1], avait épousé une courtisane Thrace, ce qui n'empêcha point son fils Timothée d'être considéré comme enfant légitime et de commander lui-même les armées athéniennes [2]. On a mis en doute [3], il est vrai, l'assertion d'Athénée concernant le mariage de Conon; mais ces doutes ne sont guère conciliables avec les paroles de Timothée qui, comme on lui faisait un reproche de la condition de sa mère, répondit : « C'est grâce à elle cependant que je suis le fils de Conon. » On a objecté, d'autre part [4], que l'exemple de Conon n'est nullement décisif, attendu que Timothée a dû naître au moment de la guerre du Péloponèse, à une époque où les troubles occasionnés par la guerre avaient amené un certain relâchement dans l'application du décret de 451. Mais, à supposer que les conjectures par lesquelles on est arrivé à cette conclusion soient fondées, nous verrons, par d'autres exemples, que, même après la restauration du décret de Périclès sous l'archontat d'Euclide, on rencontre des cas de mariages mixtes parfaitement valables.

Un autre exemple, contemporain du précédent, est celui d'Iphicrate avec une femme thrace, fille du roi Cotys, et dont il eut pour fils Ménesthée, qui commanda les Athéniens pendant la guerre sociale [5]. Ce cas est toutefois moins décisif, car le roi Cotys, d'après Démosthène [6] et Valère-Maxi-

(1) Athénée, XIII, 577 A : Τιμόθεος δ'ὁ στρατηγήσας Ἀθηναίων ἐπιφανῶς ἑταίρας ἦν υἱὸς Θρᾴττης τὸ γένος, σεμνῆς δὲ ἄλλους τοὺς τρόπους. Μεταβάλλουσαι γὰρ αἱ τοιαῦται εἰς τὸ σῶφρον τῶν ἐπὶ τούτῳ σεμνυνομένων εἰσὶ βελτίους.

(2) Meier, *De bonis*, p. 46 ; Philippi, *Beitraege*, p. 51 ; Zimmermann, p. 47.

(3) Cf. Rehdantz, *V. Iphicr. Chabr. Timothei*, p. 46.

(4) Van den Es, p. 30.

(5) Cornelius Nepos, *Iphicrate*, c. 3. Cf. Démosthène, *C. Aristocrat.*, c. 129; Athénée, III, 131, A.

(6) *Loc. cit.* § 118.

me [1], avait reçu des Athéniens le droit de cité. L'argument tiré du mariage d'Iphicrate ne peut donc avoir de valeur que, ce qui est très possible, dans le cas où Iphicrate se serait marié antérieurement à cette faveur faite au roi de Cotys [2].

Nous pourrions aussi, à supposer, qu'on doive ajouter foi au témoignage de Stesimbrotos recueilli par Plutarque [3], citer le cas du mariage de Cimon avec une femme d'Arcadie. Alors même, d'ailleurs, que le récit de Stesimbrotos serait inexact, ce que nous raconte Plutarque sur les railleries dont Périclès poursuivait les fils de Cimon, à raison de leur origine maternelle, prouve qu'aux yeux des Athéniens le mariage contracté avec une étrangère n'en était pas moins tenu pour valable [4].

Le cas du philosophe Antisthène, qui aurait eu pour mère une femme thrace et dont Socrate disait qu'il n'aurait pas déployé tant de courage à la bataille de Tanagra s'il était né de deux parents Athéniens [5], ne peut pas non plus fournir un argument bien certain. Il est, en effet, assez difficile de préciser la date de la naissance d'Antisthène, et peut-être remonte-t-elle à une époque antérieure de quelques années au décret de Périclès [6].

Il est, par contre, d'autres exemples décisifs et postérieurs au décret de Périclès. Ainsi Lysias, dans un de ses plaidoyers [7], rapporte que les Athéniens Conon et Nicophème avaient tous les deux femme et enfants dans l'île de Chypre. Il ne dit nullement que ces femmes fussent Athéniennes, et cependant l'intérêt évident de l'orateur aurait été de signa-

(1) III, 7, 7.

(2) Zimmermann, p. 48. Cf. Meier, *loc. cit.* p. 46; Van den Es, p. 27; Philippi, *Beitraege*, p. 51; Schaefer, *Demosthenes*, III, p. 142.

(3) *Cimon*, c. 16 et *Périclès*, c. 29.

(4) Zimmermann, p. 48. *Contra* : Hruza, II, p. 131, note 25.

(5) Diogène Laërce, VI, 1 : ὡς οὐκ ἂν ἐκ δυοῖν Ἀθηναίων οὕτω γεγόνοι γενναῖος.

(6) Van den Es, p. 28. Cf. Zimmermann, p. 48 ; Hruza, II, p. 132, note 25.

(7) *De bonis Aristoph.*, (XIX) § 16.

ler cette nationalité, si les épouses de Conon et de Nicophème l'avaient possédée. On doit donc admettre qu'elles étaient cypriotes et cependant les enfants issus de leur mariage sont légitimes [1].

Un plaidoyer d'Eschine relate également plusieurs cas de mariages mixtes considérés comme parfaitement valables. Eschine, parlant de l'origine maternelle de son adversaire, Démosthène, dit que son grand père Gylon, ayant été condamné à mort à Athènes pour trahison, se réfugia sur le Bosphore, où il épousa une Scythe dont il eut deux filles. Celles-ci se marièrent plus tard à Athènes, et c'est l'une d'elles qu'épousa, ἔγημε, le père de Démosthène. Il y a là ainsi trois cas de mariages contractés par des Athéniens avec des étrangères et dont la validité ne paraît pas contestable. Eschine [2] dit, il est vrai, en parlant du mariage du père de Démosthène avec la fille de Gylon, qu'il y a eu transgression des lois de la cité, παριδὼν τοὺς τῆς πόλεως νόμους. Mais ces lois ne sont point certainement des lois prohibant les mariages mixtes, car l'orateur ne se serait pas servi, pour parler de l'union du père de Démosthène avec la fille de Gylon, du mot ἔγημε, qui suppose précisément un mariage avec engyésis et γάμος. Eschine veut seulement faire allusion aux lois sur le droit de cité rendues sous Périclès et renouvelées sous Euclide, et il essaie d'en conclure que son adversaire n'a pas la qualité de citoyen [3]. On

(1) Hruza, II, p. 130.

(2) Eschine, *C. Ctesiph.*, §§ 171-172. Γύλων... ἀφικνεῖται εἰς Βόσπορον κἀκεῖ λαμβάνει δωρεὰν παρὰ τῶν τυράννων τοὺς ὠνομασμένους Κήπους καὶ γαμεῖ γυναῖκα μὲν νὴ Δία καὶ χρυσίον ἐπιφερομένην πολύ, Σκύθιν δὲ τὸ γένος, ἐξ ἧς γίνονται αὐτῷ θυγατέρες δύο, ἃς ἐκεῖνος δεῦρο μετὰ πολλῶν χρημάτων ἀποστείλας συνῴκισε τὴν μὲν ἑτέραν ὅτῳ δήποτε·... τὴν δ' ἑτέραν ἔγημε παριδὼν τοὺς τῆς πόλεως νόμους Δημοσθένης ὁ Παιανεύς, ἐξ ἧς ὑμιν ὁ περίεργος καὶ συκοφάντης γεγένηται Δημοσθένης.

(3) Hruza, II, p. 131. Eschine, dans un autre plaidoyer (*De mal. gest. leg.*, II, § 93) qualifie son adversaire de υἱὸς νόθος Δημοσθένους τοῦ μαχαιροποιοῦ. Mais on ne peut pas en conclure qu'il conteste par là la légitimité de son adversaire, car le mot νόθος a, dans le droit attique, un double sens, et signifie non-seule-

ne saurait, pour combattre la force de cette argumentation, alléguer que l'assertion d'Eschine relative à l'origine maternelle de Démosthène est probablement aussi mensongère que le reproche adressé par Démosthène à Eschine d'avoir eu pour père un esclave [1]. Peu importe, en effet, que l'accusation d'Eschine soit fondée ou non ; du moment que l'orateur ne met pas en doute la légitimité de son adversaire et ne lui conteste que la qualité de citoyen, l'argument que nous tirons de ce plaidoyer subsiste intact [2].

L'existence de mariages mixtes est encore attestée par des inscriptions funéraires où sont rapportés les noms des deux conjoints, et on y voit que des citoyens d'Athènes, dont la qualité est marquée par l'indication du dème auquel ils appartiennent, ont épousé des femmes dont l'extranéité est indiquée par la désignation de leur cité d'origine, telles qu'Amphissa, Andros, Thèbes, Sparte, Milet ou Sicyone [3]. Il n'est pas possible, sans doute, de préciser exactement la date de toutes ces inscriptions, mais on peut affirmer qu'elles sont, pour une bonne part, postérieures aux lois de réaction rendues sous Périclès et Euclide. On ne saurait non plus objecter qu'il s'agit, dans ces inscriptions, de femmes ayant épousé des maris ultérieurement naturalisés à Athènes, femmes qui, conformément aux principes du droit attique sur le caractère personnel de la naturalisation, ont conservé leur nationalité malgré le changement de celle du mari [4]. Ces femmes sont, en effet, qualifiées de γυναῖκες, tandis que, d'après l'auteur de l'objection, elles ne devraient être pour leur mari naturalisé qu'une concubine illégitime.

ment enfant naturel (bâtard), mais encore enfant ne possédant pas le droit de cité en raison de l'extranéité de l'un de ses auteurs. C'est en ce dernier sens qu'Eschine l'emploie.

(1) Démosthène, *De corona*, § 129. Cf. Van den Es, p. 31.

(2) Hruza, II, p. 131.

(3) V. *Corp. insc. att.*, III, 2, nos 2786, 2788, 2894, 2962, 2964, 2979, 3006, 3127, 3142, 3215, 3218, 3333, 3395.

(4) Cf. Schenkl, *in Wiener Studien*, 1883, p. 66, 67.

Il est, en outre, peu vraisemblable que dans toutes les inscriptions il ne s'agisse que d'étrangers naturalisés [1].

Nous verrons ultérieurement, à propos de la prétendue δίκη ἐξαγωγῆς, que les filles de citoyens athéniens pouvaient également contracter un mariage valable avec un étranger ou un métèque, soit à Athènes, soit dans une autre ville. Mais nous pouvons affirmer dès à présent que, même postérieurement aux décrets de Périclès et d'Aristophon, il y a eu de nombreux cas de mariages mixtes dont la validité ne paraît avoir soulevé aucun doute. On pourrait, il est vrai, en se référant à un plaidoyer d'Isée [2], présenter une objection, assez sérieuse, en apparence, contre cette manière de voir. On y voit l'orateur revendiquer, comme né d'une fille de Ciron, la succession de son grand père, et ses adversaires lui opposent que sa mère n'était point fille de Ciron, mais étrangère. L'orateur réplique alors dans les termes suivants : Καίτοι μὴ οἴεσθ' ἄν, εἰ τοιαύτη τις ἦν ἡ μήτηρ ἡμῶν οἵαν οὗτοι φασι, μήτ' ἂν τὸν πατέρα ἡμῶν γάμους ἑστιᾶν καὶ γαμηλίαν εἰσενεγκεῖν, ἀλλὰ ἀποκρύψασθαι ταῦτα πάντα, κτλ. La conclusion qui, au premier abord, paraît se dégager de ces termes, c'est que l'extranéité de la mère de l'orateur aurait fait obstacle au mariage, puisque le père de l'orateur n'aurait pu procéder ni au γάμος, ni à la prestation de la γαμηλία. Cette conclusion serait cependant exagérée, et tout ce qui, à notre avis, résulte du texte d'Isée, c'est que si la prétendue fille de Ciron avait été une étrangère, son mari aurait dissimulé autant que possible une union assurément mal vue de l'opinion publique depuis le réveil du sentiment national et exclusiviste après les décrets de Périclès et d'Aristophon. En conséquence, il n'aurait point accompli les pompes et festins du γάμος (γάμους ἑστιᾶν) et il n'aurait point payé la γαμηλία. Il se serait, en d'autres termes, abstenu de

(1) Hermann-Thumser, p. 448, note 1 ; Zimmermann, p 50 ; Hruza, II, p. 132,
(2) Isée, *De Cir. her.*, § 20.

célébrer publiquement son mariage, mais il aurait pu le conclure par la seule engyésis. Nous avons admis, en effet, que le mariage se forme par la seule ἐγγύησις et que le γάμος et la γαμηλία sont des formalités extrinsèques dont l'inaccomplissement n'influe en rien sur la validité du mariage [1]. L'objection tombe donc complètement [2] [3].

Ainsi rien ne s'oppose à la validité des mariages mixtes et, par suite, les enfants qui en naissent sont légitimes. Sans doute, au point de vue du droit public, ils sont considérés comme νόθοι : comme tels, ils sont exclus de la cité, et ils ne font partie ni de la phratrie, ni du dème, ni de la tribu. Mais, au point de vue du droit privé, ils jouissent de tous les droits de famille reconnus aux enfants légitimes. A un point de vue, toutefois, ces enfants sont assimilés aux étrangers, à savoir en ce qui concerne la faculté d'acquérir des immeubles en Attique, faculté réservée aux citoyens [4]. Mais il y a lieu de supposer que, à la différence des métèques, les νόθοι *ex cive peregrina* ne payaient point l'impôt spécial qui pesait sur ces derniers et qu'ils n'étaient point tenus de choisir un prostate : ils en avaient un tout naturel, leur père légitime. Ces νόθοι formaient ainsi une classe intermédiaire entre les citoyens et les métèques [5]. Le décret de Périclès, par ses termes aussi bien que par son esprit, n'a nul-

(1) V. *supra*, page 123 et s.

(2) Hruza, II, p. 133.

(3) On pourrait aussi, en se référant au plaidoyer de Démosthène contre Eubulide, être tenté d'assimiler les enfants nés d'un mariage mixte aux νόθοι et de les considérer en conséquence comme privés de tout droit de succession. Euxithée dit, en effet, que, s'il était un bâtard ou un étranger, ses adversaires auraient le droit d'hériter de tous ses biens, § 53 : ἐξῆν δὲ δήπου τούτοις, εἰ νόθος ἢ ξένος ἦν ἐγώ κληρονόμοις εἶναι τῶν ἐμῶν πάντων. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'Eubulide, pour faire rayer Euxithée du registre civique, avait allégué l'extranéité du père et de la mère de son adversaire, et qu'il ne s'agissait point dès lors d'un mariage mixte. Au surplus, ainsi que nous le verrons en étudiant la matière des successions, la portée de ce texte n'est pas très claire.

(4) V. *infra*, liv. II, tit. II, ch. I, sect. III.

(5) Cf. Hermann-Thalheim, p. 8, note 3.

lement touché à leur situation au point de vue du droit privé. Loin de défendre le mariage entre Athéniens et étrangers, il se borne à dénier le droit de cité aux enfants issus de ces unions. Le législateur aurait pu, sans doute, faire un pas de plus dans la voie de la réaction. Tenant compte de la répugnance manifestée de plus en plus par les Athéniens relativement aux alliances avec des étrangers [1], il aurait pu créer un empêchement au mariage résultant de l'extranéité de l'une des parties; mais ce pas, croyons-nous, il ne l'a point fait et les mariages mixtes sont toujours restés permis.

On a cependant voulu faire découler leur prohibition des lois citées par Démosthène dans son discours contre Nééra, lois qui, a-t-on dit, seraient incompréhensibles si les mariages mixtes étaient autorisés. Nous estimons, au contraire, que les dispositions pénales en question se concilient parfaitement avec la faculté de contracter un mariage de ce genre. Il faut, en effet, considérer ces lois non-seulement d'après leur esprit plus ou moins vraisemblable, mais aussi d'après leur texte même et d'après l'application que cherche à en faire l'orateur qui les cite. Or, d'une part, elles ne prononcent en aucune manière la nullité du mariage par cela seul qu'il aurait été contracté entre Athénien et étrangère. D'autre part, elles requièrent pour leur application l'existence d'une fraude dont nous allons déterminer le caractère, et c'est aussi en se prévalant toujours d'une fraude commise par ses adversaires qu'Apollodore prétend leur rendre applicables les dispositions des lois qu'il cite [2].

(1) Cette répugnance se manifeste visiblement dans le plaidoyer précité d'Isée. V. également : Démosthène, *Pro Phorm.*, § 28 et s. ; Isée, *De Apollod. her.*, § 36 ; Eschine, *C. Ctesiph.*, § 171.

(2) Ainsi, au § 51, en parlant de Phrastor, Apollodore dit : ἅμα δὲ καὶ πεπυσμένος σαφῶς ἤδη ὅτι Στεφάνου μέν οὐκ εἴη θυγάτηρ, Νεαίρας δὲ, τὸ μέν πρῶτον ἐξηπατήθη, ὅτ' ἠγγυᾶτο ὡς Στεφάνου θυγατέρα λαμβάνων καὶ οὐ Νεαίρας.... καὶ ὑβρίσθαι ἡγούμενος καὶ ἐξηπατῆσθαι, ἐκβάλλει τὴν ἄνθρωπον. De même, au § 72, en parlant de Théogène, pareillement trompé par Stéphanos, il dit : τὴν γὰρ

Aucune difficulté ne peut s'élever sur le cas prévu au § 52 du plaidoyer. Les pénalités qui y sont indiquées frappent le citoyen athénien qui donne en mariage à un autre citoyen une étrangère en s'attribuant faussement la qualité de kyrios de celle-ci. C'est le fait dont Stéphanos s'est rendu coupable à deux reprises différentes avec Phano vis-à-vis de Phrastor et de Théogène. Le mariage est nul évidemment, puisqu'il n'y est pas procédé par le kyrios légal, et la pénalité rigoureuse prononcée contre le faux kyrios se justifie parfaitement. L'acte commis par lui pouvait, en effet, causer un double préjudice à la république. D'une part, il pouvait introduire dans la cité des enfants qui, d'après la loi nationale, n'auraient pas dû avoir la qualité de citoyens. D'autre part, quand le mari de cette étrangère parvenait à certaines dignités, l'intervention obligée de sa femme dans les cérémonies du culte pouvait amener la perpétration d'un sacrilège, ce qui eut lieu précisément pour le mariage de Théogène avec Phano, à la grande indignation de l'orateur [1]. La disposition pénale en question ne peut d'ailleurs, cela va de soi, atteindre l'étranger qui marie à un citoyen sa fille sans dissimuler sa qualité, car il n'y a en pareil cas aucun dol à lui reprocher [2].

Les autres hypothèses prévues au § 16 du discours contre Nééra sont plus délicates, mais on peut néanmoins en donner une explication très naturelle. Tout d'abord, abstraction faite de la portée réelle de l'expression συνοικεῖν que nous aurons à déterminer, il nous paraît incontestable qu'il s'agit dans ces hypothèses d'un mariage contracté entre un Athénien et une étrangère ou entre une Athénienne et un étranger. Cela résulte, en premier lieu, des faits de la cause où l'orateur soutient que Nééra, qui vit avec Stéphanos, a

ἄνθρωπον ἀποπέμψω ἐκ τῆς οἰκίας, ἐπειδὴ οὐκ ἔστι Στεφάνου θυγάτηρ ἀλλὰ Νεαίρας... ὅτι ἐξηπατήθην.

(1) Démosthène, *in Neær.*, § 73.

(2) Hruza, II, p. 136.

usurpé la qualité d'Athénienne, qu'elle se fait passer pour la femme légitime de celui-ci et qu'elle a frauduleusement donné à ses enfants la possession d'état d'enfants légitimes. La preuve en est, en second lieu, dans l'interprétation (plus ou moins exacte, du reste), qu'Apollodore donne de l'expression συνοικεῖν [1], mais qui montre bien que les effets de l'union mixte prévue par la loi pénale sont ceux du mariage légal, c'est-à-dire que cette union a pour but de donner naissance à des enfants légitimes qui seront plus tard introduits dans la phratrie, ou à des filles qu'on donnera plus tard en mariage en qualité de kyrios.

Mais le mariage mixte dont il est question a été conclu τέχνῃ ἢ μηχανῇ ᾑτινιοῦν, c'est-à-dire qu'il y a eu fraude et dol du côté de la partie pérégrine, ξένος ou ξένη, sans qu'on ait rien de semblable à imputer à la partie possédant le droit de cité. Or, cette fraude ne peut être qu'une fraude à la loi ou une fraude à la personne, à l'autre conjoint. S'il s'agit d'une fraude à loi, cela suppose une interdiction légale du mariage entre citoyens et étrangers; l'expression τέχνῃ ἢ μηχανῇ ᾑτινιοῦν signifierait alors « d'une manière quelconque [2] » et, comme le dit Hruza, toút ce que l'on pourrait demander, c'est que la loi déclarât la peine inapplicable à l'étranger qui ignorait son état. Mais alors l'emploi des mots τέχνῃ ἢ μηχανῇ ne se comprendrait plus pour désigner la simple connaissance de cet état, car ces mots impliquent l'idée de dol. De plus, en supposant l'existence d'une prohibition légale, la contravention à cette défense, qui entraîne pour le conjoint étranger l'application d'un châtiment si sévère,

(1) § 122 : τὸ γὰρ συνοικεῖν τοῦτ' ἔστιν ὃς ἂν παιδοποιῆται καὶ εἰσάγῃ εἴς τε τοὺς φράτορας καὶ δημότας τοὺς υἱεῖς καὶ τὰς θυγατέρας ἐκδιδῷ, ὡς αὑτοῦ οὔσας τοῖς ἀνδράσιν. Que le mot παιδοποιεῖσθαι signifie ici avoir des enfants légitimes, c'est ce qui résulte manifestement de la suite du texte où la même idée est rendue par les mots παιδοποιεῖσθαι γνησίως. Cf. Hruza, II, p. 137 ; Philippi, *Beitraege*, p. 72.

(2) Cf. Hruza, II, p. 139.

devrait comporter également une sanction rigoureuse vis-à-vis du conjoint citoyen. Or, tel n'est point certainement le caractère de l'amende de 1000 drachmes prononcée contre le συνοικῶν τῇ ξένῃ τῇ ἁλούσῃ, et nous verrons même comment le citoyen coupable pouvait échapper à cette amende. Nous observerons enfin que les lois pénales en question, en employant l'expression συνοικεῖν, qui suppose la formation d'un mariage légal, ne peuvent avoir pour base la nullité du mariage. Nous conclurons donc, contrairement à l'interprétation généralement admise, que les dispositions pénales citées par Démosthène ne se réfèrent nullement à une loi prohibitive des mariages mixtes et les frappant de nullité [1].

Il faut donc chercher une autre explication des mots τέχνῃ ἢ μηχανῇ, et celle qu'a donnée Hruza nous semble très satisfaisante : « L'Etat, dit-il, et les citoyens, avaient un intérêt religieux, moral et juridique à ce que chacun laissât un successeur jouissant de la plénitude des droits politiques et civils. Cet intérêt dut influer sur l'appréciation des mariages mixtes depuis que Périclès eut retiré le droit de cité à ceux qui n'étaient point nés d'un père et d'une mère citoyens [2]. L'Etat devait, sans doute, remettre à chacun le soin de veiller à ses intérêts particuliers, car pas plus qu'il ne forçait le citoyen à se marier, il ne se préoccupait de lui rendre impossible la conclusion d'un mariage mixte... Mais chaque citoyen avait intérêt à ce que ses enfants participassent au

(1) Suivant Philippi (*loc. cit.* p. 72) la τέχνη et μηχανή consiste en ce que les parties veulent contracter un mariage, et non point un concubinat, qui était permis. Il ajoute (p. 73, note 13): « Les mots τέχνῃ et μηχανῇ se réfèrent non point à des manœuvres frauduleuses commises par l'une des parties envers l'autre, car ces manœuvres ne pourraient demeurer longtemps sans être découvertes, mais dans l'usurpation illégale des effets juridiques d'un mariage légitime. »

(2) Aussi doit-on admettre, bien que nous ne possédions aucun renseignement à ce sujet, que les lois pénales citées dans le plaidoyer contre Nééra, ont été rendues postérieurement au décret de Périclès. Cf. Hruza, II, p. 141-142. — Hermann-Thalheim (p. 21, note 2) admet, dans le même sens, que ces lois sont postérieures à l'archontat d'Euclide.

droit de cité. Celui-là montrait que cet intérêt faisait défaut chez lui, qui en faisait l'abandon, soit en épousant une étrangère, soit en donnant, en qualité de kyrios, sa fille en mariage à un étranger. Il n'y avait pas à venir en aide à un tel citoyen, et l'Etat n'avait non plus aucune mesure à prendre. Mais il en était autrement quand celui qui, en qualité d'étranger, contractait ou faisait contracter un mariage mixte, connaissait son état et induisait frauduleusement en erreur ou laissait dans l'erreur à ce sujet la partie jouissant du droit de cité. Celle-ci avait eu l'intention de laisser des enfants ayant la qualité de citoyens et elle avait été trompée. Or cette tromperie, de quelque manière qu'elle eût été réalisée (τέχνῃ ἢ μηχανῇ ἡτινιοῦν), appelait une peine, et cette peine se trouve indiquée dans notre texte de loi. Elle consiste dans la vente comme esclave, ce qui entraîne la dissolution du mariage. Cette peine frappait la partie étrangère coupable de dol, et elle était dès lors inapplicable quand les deux parties connaissaient ou ignoraient également l'extranéité de l'une d'elles. En tout cas, chacune des parties avait le droit de demander le divorce [1]. » La peine n'atteignait donc pas l'étranger qui avait contracté mariage avec une Athénienne sans dissimuler sa propre nationalité. Dans ce cas, on n'avait pas à redouter l'inconvénient que le législateur avait voulu prévenir, et il n'y avait pas davantage à craindre l'usurpation du droit de cité par les enfants à naître de ce mariage. L'étranger n'était pas non plus punissable lorsqu'il se croyait, de bonne foi, en possession du droit de cité au moment du mariage [2].

En ce qui concerne maintenant l'application des lois pénales citées par Apollodore, le droit d'accusation appar-

(1) Hruza, II, p. 139-140. C'est également en ce sens que Van den Es (p. 23), Platner (*Process*, II, p. 70), et Stacker (*De litis instrum.*) entendent la fraude prévue par la loi en question, bien qu'ils se prononcent pour la nullité des mariages mixtes.

(2) Cf. Thonissen, p. 345.

tient, selon les principes du droit attique, à tout citoyen, et la poursuite est dirigée contre le conjoint qui a réussi par dol à contracter mariage avec un Athénien ou une Athénienne [1]. Le dénonciateur, s'il triomphe, obtient le tiers des biens confisqués. De plus, dans le cas spécial où c'est une femme étrangère qui s'est fait frauduleusement épouser par un citoyen, la loi décide que ὁ συνοικῶν τῇ ξένῃ τῇ ἁλούσῃ devra payer une amende de mille drachmes. Cette disposition paraît incompréhensible si elle frappe le citoyen athénien en raison du seul fait de sa cohabitation avec l'étrangère qui l'a trompé : une telle condamnation prononcée contre lui serait souverainement injuste. Aussi croyons-nous que l'amende de mille drachmes n'est applicable qu'au citoyen qui, malgré l'accusation dirigée contre sa femme, a continué de cohabiter avec elle jusqu'au jugement qui la convainc d'extranéité. Le mari peut, en d'autres termes, se soustraire à l'amende qui le menace, en renvoyant sa femme aussitôt après l'accusation formée contre elle. C'est ce que, du reste, s'empressent de faire Phrastor et Théogène ; ils renvoient la fille de Nééra lorsqu'ils s'aperçoivent qu'ils ont été trompés, τὴν δὲ ἄνθρωπον ἐκβαλεῖν ἐκ τῆς ἑαυτοῦ οἰκίας καὶ οὐκέτι συνοικεῖν αὐτῇ, et pour Théogène spécialement, le but de cette répudiation immédiate apparaît très nettement. L'expression συνοικεῖν, tout en supposant une communauté de vie à titre d'époux, comporte donc ici une signification spéciale [2].

On a prétendu aussi que le droit attique avait sanctionné par une autre action pénale, nommée ἐξαγωγῆς δίκη, la prohibition des mariages mixtes. Mais cette conclusion ne res-

(1) §§ 54 et 84.

(2) Hruza, II, p. 140, 141. Cf. Hermann-Thalheim, p. 21, note 2. Platner (*Process*, II, p. 70, 71) applique la disposition en question au citoyen qui épouse une femme convaincue d'extranéité et déjà condamnée. Mais cette interprétation est contraire au texte même, et elle est inadmissible par cet autre motif que la femme ἁλοῦσα a été vendue comme esclave et, par suite, ne peut plus se marier. Cf. Philippi, *loc. cit.* p. 73, note 13 ; Van den Es, p. 22 et s.

sort nullement, à notre avis, des textes que l'on invoque pour justifier l'existence de cette action. Dans le discours de Démosthène contre Timocrate, l'orateur reproche à son adversaire d'avoir vendu sa sœur à un individu de Corcyre, et le défendeur prétend, au contraire, ce que dénie Démosthène, avoir donné sa sœur en mariage. Or, s'il avait été interdit par la loi de donner une Athénienne en mariage à un étranger, l'auteur du discours, qui ne ménage point son adversaire, n'aurait pas manqué de signaler cette violation de la loi. Il se borne, au contraire, à critiquer, au point de vue moral, mais sans en tirer aucune conséquence juridique, la conduite de Timocrate qui, au lieu de doter sa sœur, suivant l'usage, l'a *vendue*, c'est-à-dire s'est fait remettre une certaine somme par le mari, alors qu'au contraire il aurait dû lui en donner une à titre de dot. Mais cette *vente* elle-même tombait-elle sous l'application de la loi pénale ? Cela est fort douteux, car en disposant de sa sœur en mariage, de quelque manière que ce soit, le kyrios ne fait qu'user de son droit. Le discours de Démosthène contre Aristogiton ne justifie pas davantage l'existence de l'ἐξαγωγῆς δίκη. On y voit, sans doute, un procès engagé à l'occasion de ce fait que le défendeur τὴν ἀδελφὴν τὴν ἑαυτοῦ ἐπ' ἐξαγωγῇ ἀπέδοτο, mais le texte ne signale ni l'objet, ni la nature du procès. Peut-être le plaignant, frère de celui qui avait donné sa sœur ἐπ' ἐξαγωγῇ, et qui devait avoir également la qualité de kyrios de sa sœur, alléguait-il qu'on ne l'avait point consulté ou demandait-il à partager les bénéfices retirés par le défendeur du mariage de leur sœur commune. On ne peut, en tout cas, rien tirer de ce plaidoyer contre la possibilité des mariages mixtes ni en induire l'existence d'une ἐξαγωγῆς δίκη [1].

Il nous reste, pour compléter la réfutation de la théorie de l'épigamie, à examiner la valeur des documents où l'on

(1) Hruza, II, p. 133; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, vo *Exagogès diké*.

a prétendu trouver des cas de concession de connubium. Nous observerons tout d'abord que les cas allégués se réfèrent tous à une concession collective et qu'on n'en cite aucun ayant trait à un individu déterminé. Or si, comme on le prétend, l'épigamie avait pu être, de même que le connubium à Rome, concédé soit isolément, soit collectivement, il serait étrange que les inscriptions ne nous eussent révélé aucun cas de concession individuelle. Nous en possédons, en effet, un grand nombre concernant la concession d'une faveur analogue à des métèques, à savoir de l'isotélie [1], et il serait singulier qu'il ne nous en fût parvenu aucune relative à la concession de l'épigamie.

Quant aux divers cas de concession collective d'épigamie, le premier, que l'on prétend trouver dans le discours d'Isocrate concernant les Platéens, n'est nullement décisif. Les mots dont on se prévaut διὰ τὰς ἐπιγαμίας τὰς δοθείσας ne se réfèrent pas nécessairement à une concession d'épigamie et font plutôt allusion aux nombreuses alliances contractées antérieurement entre Platéens et Athéniens. Cette interprétation semble la plus plausible quand on se réfère au sens que donnent les lexicographes du mot ἐπιγαμία [2], sens que l'on retrouve, du reste, dans un orateur contemporain d'Isocrate [3]. On peut d'autant moins voir dans ce texte une concession d'épigamie aux Platéens que ceux-ci avaient obtenu la plénitude des droits civils en Attique, ce qui comportait par là même le connubium et rendait sans objet toute concession spéciale de ce droit [4].

Le cas des Eubéens n'est pas plus concluant. Il faut tenir compte, en effet, de l'opposition que l'orateur fait entre le

(1) V. Clerc, p. 200 et s.

(2) V. *supra*, p. 189, note 1.

(3) Isée, *De Apoll. her.*, § 12 : καίτοι δοκοῦσιν ἐπιγαμίαι καὶ μὴ συγγενεῖς ἄνδρας, ἀλλὰ καὶ τοὺς τυχόντας ἀπαλλάττειν μεγάλης διαφορᾶς κτλ. Cf. Xénophon, *Hell.*, V, 2, 19.

(4) Hruza, II, p. 144. Cf. Platner, *Process*, II, p. 73.

passé et le présent, disant qu'autrefois, loin de songer à diminuer le nombre des citoyens, on accordait au contraire l'épigamie aux Eubéens, tandis qu'actuellement on se propose de dépouiller arbitrairement des citoyens de leurs droits. Or, comme le remarque très bien Hruza [1], si l'on considère cette antithèse faite par l'orateur, les mots dont on se prévaut dans l'opinion contraire, Εὐβοεῦσιν ἐπιγαμίαν ἐποιούμεθα, ne peuvent guère être pris qu'en un sens, à savoir qu'un acte quelconque de la puissance publique a rendu possible aux enfants nés de mariages mixtes entre Athéniens et Eubéens l'acquisition du droit de cité et qu'en fait de tels mariages ont été contractés assez souvent. On peut d'autant plus le supposer que les Athéniens et les Eubéens étaient également de race ionienne et que de nombreuses clérouchies athéniennes s'étaient établies en Eubée.

On ne saurait attribuer une plus grande autorité aux concessions d'épigamie dont il est question dans les discours de Démosthène relativement soit aux Byzantins, soit aux Thébains. Le décret concernant les premiers renferme une énumération trop confuse des avantages qui leur sont concédés pour qu'on n'y voie pas l'œuvre d'un faussaire [2]. Quant aux Thébains, nous ne possédons pas le texte du traité auquel Démosthène fait allusion et qui aurait été conclu avec eux en 338. Mais il est peu probable qu'à cette époque si troublée on ait songé, à stipuler à côté de la symmachie une clause relativement aussi peu importante que l'épigamie ou qu'on n'ait parlé que de ce privilège.

En définitive, la conclusion que nous avons admise et d'après laquelle les mariages mixtes n'ont jamais été prohibés par la loi athénienne, n'est nullement ébranlée par les faits que nous venons d'examiner. Que si la théorie de l'épigamie avait été réellement celle du droit attique, elle aurait

(1) II, p. 145.
(2) Cf. Szanto, *Das griechische Bürgerrecht*, p. 159 ; Hruza, II, p. 145.

évidemment laissé plus de traces, soit dans les historiens où les orateurs, soit dans les inscriptions.

N'admettant point la condition d'épigamie, d'une manière générale, lorsqu'il s'agit d'un étranger ordinaire, nous l'écartons, à plus forte raison, dans l'application que l'on voudrait en faire aux métèques, c'est-à-dire aux étrangers domiciliés à Athènes [1]. On a discuté la question de savoir si l'isotélie conférée à un métèque entraînait comme conséquence l'épigamie. Pour nous, cette question ne se pose pas, puisque la condition d'épigamie ne nous paraît exigée d'aucun étranger, et qu'on peut encore moins songer à l'exiger des métèques qui, par l'établissement de leur domicile à Athènes, présentaient plus de garanties qu'un simple étranger. Nous possédons, du reste, une inscription funéraire attestant l'existence d'un mariage légal entre un métèque et une citoyenne athénienne [2].

Les partisans de la théorie de l'épigamie ne vont point jusqu'à l'appliquer au concubinat, et ils reconnaissent qu'une union de ce genre peut très bien être contractée entre un Athénien et une étrangère [3]. En fait, d'ailleurs, comme nous l'avons vu à propos du concubinat, ce ne sont guère que les étrangères qui sont prises comme concubines. Il nous semble toutefois que, si l'on admet la théorie du concubinat légitime, on doit exiger de la concubine légitime la condition d'épigamie, car elle donne le jour, dans ce système, à des enfants légitimes et jouissant du droit de cité. Aussi Buermann [4] exige-t-il de la concubine légitime la qualité de citoyenne. Si donc elle est étrangère, elle doit posséder l'épigamie.

Il n'existe à Athènes aucune prohibition au mariage pro-

(1) V. pour l'affirmative : Dareste, *Plaidoyers civils*, t. 1, p. 311, note 19. *Contra :* Clerc, p. 207.

(2) *Corp. inscr. attic.*, III, 2. n° 3062. Cf. Hruza, II, p. 133.

(3) Philippi, *Beitraege*, p. 72. Cf. Meier, *De bonis*, p. 45.

(4) *Drei Studien*, p. 573. V. *supra*, p. 85.

venant de la différence de classes des époux [1]. Un citoyen de la première classe peut, en conséquence, valablement épouser une femme d'une classe inférieure. C'est même, comme nous le verrons à propos des épiclères, une obligation pour le parent d'une classe supérieure d'épouser, à moins qu'il ne préfère la doter, la fille épiclère θῆσσα, c'est-à-dire appartenant à la dernière classe du peuple [2]. Au surplus, il n'y a jamais eu à Athènes de motifs politiques ou religieux semblables à ceux qui, à Rome, ont fait admettre pendant un certain temps la prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens [3].

Plutarque raconte, il est vrai [4], qu'il n'y a pas connubium entre les habitants du dème d'Agnuse et ceux du dème de Pallène, τῷ Παλληνέων δήμῳ πρὸς τὸν Ἀγνουσίων ἐπιγαμίαν μὴ εἶναι. Mais on ne saurait induire de ce texte qu'il existât une véritable prohibition de mariage entre les habitants de ces deux dèmes. Tout ce que l'on peut admettre, c'est qu'il existait une coutume, fondée sur des traditions de l'âge héroïque, et d'après laquelle les citoyens de l'un de ces dèmes s'abstenaient de prendre une épouse dans l'autre dème, sans que toutefois la violation de cette coutume eût pour conséquence la nullité du mariage [5]. D'une manière générale, les mariages entre habitants de dèmes différents étaient très fréquents, ainsi qu'on peut le voir en parcourant le recueil des inscriptions funéraires de l'Attique [6].

(1) Van den Es, p. 33.
(2) Démosthène, *C. Macart.*, § 45.
(3) V. Accarias, I, n° 91.
(4) *Thésée*, c. 13.
(5) Van den Es, p. 33 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 442, note 715. — Cf Gans, *Erbrecht*, I, p. 294.
(6) Koumanoudis, Ἀττικῆς ἐπιγραφαὶ ἐπιτύμβιοι. Cf. Haussoulier, *Vie municipale*, p. 67, note 3.

SECTION IV

Effets du mariage.

Article I. — Effets du mariage relativement aux époux.

§ 1. — *Rapports personnels des époux.*

En droit romain, les rapports personnels des époux ont varié suivant les différentes périodes de la législation. A l'origine, quand la *manus* accompagnait inévitablement le mariage, la femme était considérée, en droit, comme étant par rapport à son mari *loco filiæ*. Il en résultait notamment que le mari avait sur elle, comme sur ses enfants, le *jus vitæ necisque*, que le culte privé du mari devenait désormais celui de la femme, et que celle-ci empruntait à son mari tous ses liens d'agnation. Avec le mariage sans *manus*, la femme devint complètement indépendante de son mari, qui n'eut plus sur elle aucun droit de puissance. Il ne subsista guère qu'un vestige de l'ancienne subordination de la femme, en ce sens que celle-ci ne pouvait avoir d'autre domicile que celui du mari [1].

Dans les législations modernes, la puissance maritale est avant tout fondée sur l'idée de protection. Si le législateur soumet la femme à l'autorité de son mari et notamment l'astreint à lui demander son autorisation pour contracter ou pour ester en justice, c'est afin de la protéger contre sa propre faiblesse et contre l'inexpérience habituellement inhérente à son sexe. C'est aussi dans l'intérêt de la famille : c'est pour empêcher que cet intérêt ne puisse être compromis par les actes de

(1) V. Accarias, I, n° 120 ; May, I, p. 134.

la femme que le mari est investi d'une sorte de puissance tutélaire.

Quel système le droit attique a-t-il suivi pour régler cette question si délicate des rapports personnels des époux ? Cette question est généralement résolue d'une manière très simple. Le mariage, dit-on, a pour effet d'investir le mari de la tutelle de la femme, et tous les pouvoirs qui appartenaient au kyrios sont désormais exercés par le mari. Il devient dès lors bien facile de régler la situation de la femme vis-à-vis du mari. Relativement à son kyrios, qui normalement est son père, la femme se trouve, comme nous le verrons en étudiant la tutelle des femmes, dans une situation très dépendante, en ce qui concerne sa personne et ses biens. Ainsi d'abord le kyrios a des pouvoirs considérables sur la personne de sa pupille ; il peut disposer d'elle en mariage comme bon lui semble et la retirer ensuite à l'époux qu'il lui avait donné. Il peut, à plus forte raison, la contraindre à demeurer avec lui. D'autre part, en ce qui concerne les biens de la femme en tutelle, l'incapacité qui la frappe de passer un contrat dont l'objet excède la valeur tout-à-fait minime fixée par la loi [1], rend l'assistance du kyrios nécessaire pour tous les actes de quelque importance, et même lorsqu'il s'agit pour la femme d'ester en justice, du moins dans un procès civil, ce n'est pas elle qui figure dans l'instance, et elle y est représentée par son tuteur. Si dès lors la femme se marie, sa condition ne change guère et si, comme femme mariée, elle peut être tenue d'obligations nouvelles, telles que celle de fidélité, elle demeure vis-à-vis de son mari dans la même situation où elle se trouvait vis-à-vis de son kyrios. Le mari possède, à l'égard de la personne de sa femme, le même droit de disposition que le kyrios antérieur à la puissance de qui il succède et,

(1) Isée, *De Arist. her.*, § 10 : μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν.

quant aux biens, il exerce les mêmes pouvoirs de contrôle, d'assistance et de représentation [1].

La théorie en vertu de laquelle le mari devient de plein droit, en vertu du mariage, le kyrios de sa femme et qui confond ainsi dans la même main la puissance tutélaire préexistante avec la puissance maritale qui va naître de la nouvelle situation de la femme, paraît, à première vue, très rationnelle. Elle est conforme, en outre, à la conception moderne et plus rationnelle du mariage qui n'admet pas qu'à partir de la célébration la femme puisse se trouver soumise à deux autorités distinctes et rivales, mais qui soumet la nouvelle épouse à l'autorité exclusive de son mari. On peut également appuyer cette théorie sur certains textes dont nous aurons bientôt à examiner la valeur. Nous ne croyons pas cependant que ce système soit celui du droit attique et nous estimons, au contraire, que si le mari peut avoir souvent et a même ordinairement la qualité de kyrios de sa femme, il n'exerce point la tutelle en vertu du mariage même, mais en vertu d'un titre spécial, antérieur ou

(1) Dareste (*Journal des savants*), 1874, p. 621, s'exprime ainsi : « Le premier effet du mariage était de soumettre la femme à l'autorité de son mari, mais cette autorité n'est pas, à proprement parler, une puissance. C'est une magistrature et, comme dit Aristote, un pouvoir qui a un caractère politique. Le mari devient le κύριος de sa femme, parce que toute femme doit avoir un κύριος et que, dans le mariage, ce droit ne peut appartenir qu'au mari. » Cf. en ce sens : Van Stegeren, p. 85, 102; Platner, *Process*, t, 2, p. 275; Haffter, p. 35 et 79 ; Gide, p. 75; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 506 et 564; Schulthess, p. 177 ; Lewy, p. 8; Hermann-Thalheim, p. 9. Caillemer (*Les papyrus grecs*, p. 20), dit également : « Pendant le mariage, l'époux, déjà investi de la puissance maritale, avait aussi la puissance tutélaire. » Van den Es (p. 35) résume ainsi sa théorie : « Maritus uxoris κύριος est in iis rebus quæ ipso matrimonii tempore peraguntur, in iis vero, quæ soluto demum quocumque modo matrimonio eventum habitura sunt, non amplius κύριος est, si femina patrem aut fratrem aut avum superstites habet. » Van Stegeren (*loc. cit.*) considère la femme mariée comme étant *loco filiæ* vis-à-vis de son mari : « Summa in ædibus potestas, jus κυρίου, penes virum tantum esse potuit Athenis cum uxores, sicut liberi, in patria potestate versantes, non ultra medimnum se obligare jure non possent. » Un peu plus loin, il assimile la femme athénienne à la femme romaine *in manu*.

postérieur au mariage ; si donc le mari n'a point un titre spécial pour exercer cette tutelle, la qualité et les pouvoirs du kyrios appartiennent à celui qui était investi de cette fonction avant le mariage, et la femme est ainsi soumise parallèlement à deux puissances distinctes.

La solution que nous proposons est, sans doute, contraire à nos idées modernes où tous les pouvoirs sur la femme sont nécessairement concentrés entre les mains du mari pendant le mariage, mais elle se comprend très bien dans l'ancien droit grec. Nous observerons tout d'abord qu'attribuer au mari *ipso jure* la qualité de kyrios de son épouse, c'est mettre celle-ci dans une situation semblable à celle de la femme romaine *in manu* et décider par là-même que, vis-à-vis de son mari, elle est *loco filiæ*, le mari exerçant sur sa femme une puissance semblable à celle qu'il possède sur ses enfants, puissance que possédait antérieurement le père de son épouse, kyrios de celle-ci, et qui aurait été transmise au mari par le mariage. Or, cette assimilation de la femme mariée à une fille de famille et de l'autorité maritale à la puissance paternelle, si elle est admissible dans l'ancien droit romain, nous paraît contraire à la notion qu'avaient les Grecs des rapports du mari et de la femme. Si, en effet, nous nous référons à ce que dit Aristote, qui vraisemblablement n'a fait qu'exprimer sur ce point les idées généralement reçues parmi ses contemporains, les deux pouvoirs (abstraction faite du pouvoir du maître) sur lesquels repose l'administration de la famille, à savoir celui du père et celui de l'époux, bien que s'exerçant sur des êtres également libres, la femme et les enfants, ont néanmoins un caractère bien différent, et tandis que l'autorité du mari sur la femme est plutôt républicaine, celle du père sur les enfants est plutôt royale [1]. Le philosophe

(1) Aristote, *Politique*, liv. I, ch. 5, § 1 : γυναικὸς μὲν πολιτικῶς, τέκνων δὲ βασιλικῶς.

ajoute : « Dans la constitution républicaine, on passe ordinairement par une alternative d'obéissance et d'autorité, parce que tous les membres doivent y être naturellement égaux et semblables en tout, ce qui n'empêche pas qu'on cherche à distinguer la position de chef et de subordonné, tant qu'elle dure, par quelque signe extérieur, par des dénominations, par des honneurs... Le rapport de l'homme à la femme reste toujours tel que je viens de le dire. L'autorité du père sur ses enfants est au contraire toute royale... un roi doit à la fois être supérieur à ses sujets par ses facultés naturelles, et cependant être de la même race qu'eux, et telle est précisément la relation du plus vieux au plus jeune, et du père à l'enfant [1]. » Dire que la femme est soumise à l'autorité de son mari parce que celui-ci est son kyrios, de même que son père l'avait été avant le mariage, c'est confondre absolument ces deux notions de la puissance maritale et de la puissance paternelle qu'Aristote distingue si soigneusement. D'autre part, on ne peut guère expliquer, dans la théorie que nous combattons, comment le mari, devenu kyrios de sa femme, cesse de l'être quand le mariage est dissous. On comprend bien que la puissance maritale cesse par le fait même de la dissolution du mariage, parce qu'elle suppose une relation de mari et femme. Mais le pouvoir du kyrios, qui s'exerce indépendamment de toute relation de ce genre, devrait logiquement survivre au mariage, et cependant l'on admet généralement que si le mariage se dissout par le divorce, la femme retombe sous la puissance du kyrios qui exerçait la tutelle antérieurement au mariage. Nous dirons enfin qu'en tenant pour vraie la théorie adverse, on ne comprendrait guère comment le divorce par la volonté de la femme, ἀπόλειψις, aurait pu s'introduire dans le droit attique. Si, en effet, la femme se trouve sous la puissance quasi-paternelle de son mari, *in manu*, en quelque

(1) *Ibid.* § 2, trad. Barthélemy-Saint-Hilaire.

sorte, il ne saurait jamais être question de lui reconnaître un droit pouvant faire échec à cette autorité despotique que possède le kyrios, à son droit absolu de disposition. Aussi voyons-nous qu'à Rome, tant qu'on pratiqua le mariage avec *manus*, le mari tint seul entre ses mains le sort de l'union conjugale, et que le droit de divorcer ne fut admis au profit de la femme qu'à l'époque où celle-ci eut recouvré son indépendance grâce à la disparition de la *manus*. Rationnellement donc nous sommes amené à conclure que la femme mariée reste, en principe, pendant le mariage, soumise à la puissance de son kyrios, à moins que, par une cause quelconque, indépendante du mariage, les fonctions tutélaires n'aient passé entre les mains du mari. Cette juxtaposition de deux puissances sur la femme mariée n'est point d'ailleurs, dans le droit attique, un fait plus extraordinaire que celui dont on est témoin dans le droit romain, où l'on voit que la femme qui se mariait sans *conventio in manum*, ne sortant point de sa famille naturelle, restait sous la puissance de son *pater* ou sous la tutelle de ses tuteurs, tout en étant soumise dans une certaine mesure à l'autorité maritale.

Nous avons maintenant à rechercher si la solution que nous venons d'admettre ne se trouve point contredite par les faits ou les textes que l'on allègue en sens contraire. On dit d'abord que les auteurs grecs et les inscriptions nous montrent fréquemment le mari exerçant les fonctions de kyrios de sa femme. Xénoclès, par exemple, était le kyrios de sa femme Philé [1]. De même le père de Démosthène et le banquier Pasion étaient les kyrioi de leurs femmes [2]. Dans le registre des ventes immobilières de Ténos, les personnes indiquées dans les actes comme tuteurs de femmes sont plusieurs fois les maris de celles-ci [3]. D'autres textes

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 2, 3, 30 et 32.
(2) Démosthène, *C. Aphob.*, II, § 15 ; *Pro Phorm.*, §§ 28 et s.
(3) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 92 et 96.

nous présentent également le mari comme normalement investi de la tutelle de sa femme. Telle est la prétendue loi athénienne citée par Sopater en les termes suivants : κατὰ τοὺς ἀττικοὺς νόμους ἐξῆν τοῖς ἀνδράσι τὰς ἑαυτῶν γυναῖκας ἑτέροις ἐσκομίζειν [1]. On a invoqué aussi en ce sens une scholie d'Aristophane. Le poète, en parlant d'un roi de Thrace assez efféminé, nommé Smikythès, dit : Σμικύθην καὶ κύριον, et le scholiaste, voulant expliquer le mot κύριος, ajoute : τουτέστι ὁ ἀνὴρ [2].

Ces arguments ne nous paraissent nullement décisifs. Ainsi d'abord il est difficile d'attacher une grande importance à la loi de Sopater, rhéteur du IVe siècle, qui a généralisé trop facilement certains cas indiqués par les orateurs athéniens et où le mari se trouve être le kyrios de sa femme. Quant à la scholie d'Aristophane, on ne peut non plus la prendre en considération quand on voit le scholiaste donner pour exemple d'une personne pourvue d'un kyrios Smikythès, qui était un homme, et Aspasie qui, d'après la loi portée par Périclès lui-même, ne pouvait être l'épouse légitime de ce dernier [3] mais seulement sa concubine [4]. Abstraction faite donc de ces textes, il existe une raison décisive, selon nous, pour écarter l'opinion contraire, c'est que si, comme elle le prétend, le mari avait été nécessairement le kyrios de sa femme, il aurait toujours dû réunir en ses mains les divers droits attachés à cette qualité. Ainsi,

(1) Cf. Meursius, *Them. att.*, I, 7 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 406, note 601 et p. 506, note.

(2) Schol. Aristoph. *Equit.*, 969 : οὕτω γὰρ προκαλεῖσθαι εἰώθασιν ἐν τῷ δικαστηρίῳ· ἡ δεῖνα καὶ ὁ κύριος, τουτέστιν ὁ ἀνὴρ. Cf. Suidas, vo Σμηκύθης. Hermann-Thalheim (3e éd.) p. 9, note 3, cite également en ce sens un passage d'Eustathius (*ad Iliad.* XIX, 291) ainsi conçue : ὅπου γε ἡ εὐγενὴς Ἀττικὴ γλῶσσα τὸν κύριον ἐπὶ ἀνδρὸς τίθησιν, ᾧ γυναῖκα ὁ νόμος συνέζευξε, κυριεύειν τεταγμένον. On a invoqué aussi un passage du lexique de Buttmann relatif à l'expression κουριδίη ἄλοχος. Mais on ne peut y trouver aucun argument sérieux, du moins pour le droit attique. Cf. Hruza, p. 69, note 47.

(3) C'est là du moins l'opinion générale. V. *supra*, p. 179 et s.

(4) C'est ce que reconnait Van den Es, p. 26.

il aurait dû posséder exclusivement le droit de donner sa femme en mariage à un tiers, et personne n'aurait pu avoir la faculté de lui retirer son épouse pendant le mariage. Or il y a des preuves certaines du contraire. D'une part, plusieurs textes nous signalent des cas où ce n'est point le mari, mais un tiers, sur le désir du mari, qui procède à l'engyésis de la femme [1]. Sans doute, dans d'autres cas, et ce sont les plus nombreux, c'est le mari qui donne lui-même sa femme en mariage à un autre, mais c'est alors parce qu'il se trouve être en même temps le kyrios de sa femme. D'autre part, on voit que la femme peut, pendant le mariage être retirée au mari contre sa volonté [2]. C'est donc que la qualité de kyrios n'appartient point au mari, car le kyrios a le droit exclusif de disposer de la femme par voie d'engyésis [3]. Nous concluons que le mari ne devient le kyrios de sa femme que si cette qualité lui appartient en vertu d'un titre différent de celui du mariage, ce qui arrive, soit dans le cas où le fils adoptif épouse la fille de l'adoptant et se trouve être son kyrios par suite de sa qualité de frère résultant de l'adoption, soit dans celui où il a épousé sa femme en vertu du droit de l'épiclérat, soit enfin dans le cas où la tutelle de la femme lui a été déférée par l'archonte suivant les règles que nous indiquerons ultérieurement. Ces cas peuvent même être assez fréquents, et c'est ce qui explique comment les plaidoyers des orateurs ou les ins-

(1) On voit ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Eubulide (§ 41), que Protomaque, voulant se défaire de sa femme en faveur de Thoucritos, son ami, ce n'est point de Protomaque, mais de Timocrate, frère de la femme, que Thoucritos la reçoit en mariage (ἐγγυᾶται). Timocrate avait donc conservé la qualité de kyrios qu'il devait avoir avant le mariage. Dans le premier plaidoyer contre Onétor (§§ 8 et 30), celui-ci donne en mariage à Aphobos sa sœur qui était mariée à Timocrate. Isée nous montre également, dans son plaidoyer pour l'héritage de Ménéclès (§§ 8 et 9), ce dernier priant les frères de sa femme de la donner en mariage à Eleios de Sphette, et ceux-ci procédant en effet à l'engyésis.

(2) Démosthène, *C. Spudiam*, § 4.

(3) V. *supra*, p. 133.

criptions nous montrent à diverses reprises le mari investi de la tutelle de sa femme [1].

En supposant donc, ce qui peut arriver dans un assez grand nombre de cas, que le mari ne soit point de plein droit le kyrios de sa femme, il s'agit de faire entre lui et le kyrios le partage des pouvoirs exercés sur la femme. La situation, quoique assez compliquée en apparence, est, à notre avis, assez facile à régler. Le kyrios conserve les pouvoirs qu'il avait antérieurement sur la femme, sauf ceux dont il a fait délégation expresse ou tacite au mari [2]. Ainsi le kyrios conserve le droit de disposer de la personne de sa pupille, et, par suite, comme nous le verrons à propos du divorce, il possède le droit de dissoudre le mariage par sa seule volonté et de reprendre sa pupille. Mais, tant qu'il n'use pas de ce droit, la femme est, par la nature même du mariage, tenue de résider avec son mari. On peut même admettre que le kyrios peut intervenir indirectement pour assurer l'exécution de cette obligation en s'opposant au divorce que la femme voudrait obtenir contre son mari [3]. Ce que nous venons de dire des pouvoirs du kyrios sur la personne de la femme est également vrai de ses pouvoirs sur les biens : ces derniers pouvoirs restent à celui qui était précédemment investi de la tutelle et, dès lors, c'est, en

(1) Cf. en ce sens : Ciccotti, p. 22; Hruza, p. 69 et s.; Philippi, *Gœtt. gel. Anz.* 1867, p. 733. Cauvet (p. 449) admet également que l'autorité maritale ne rendait pas complètement inutiles les attributions des tuteurs. Ceux-ci, dit-il, du moins quand il s'agissait de proches parents, c'est-à-dire du père, des frères, ou de l'aïeul de la femme, ne cessaient pas, malgré le mariage, de conserver à son égard un droit de protection et de surveillance. Il faut, à notre avis, généraliser, et étendre à tout kyrios ce que Cauvet admet pour les proches parents seulement. — Van den Es après avoir dit (p. 10 et 11) que le droit de donner sa femme en mariage n'appartient qu'au mari qui en est devenu le kyrios, se contredit en enseignant (p. 35) que le mari est toujours le kyrios de sa femme pendant le mariage.

(2) Nous verrons, en exposant les règles de la tutelle des femmes, que le kyrios peut déléguer à un tiers l'exercice de ses droits.

(3) V. *infra*, liv. I, tit. II, ch. I, sect. V.

principe, le kyrios et non le mari, qui doit intervenir pour assister la femme dans un acte de disposition ou pour la représenter en justice [1]. Mais, relativement aux biens constitués en dot, en admettant d'ailleurs, ce qui est contesté, que le mari n'en devienne pas propriétaire, il a, en vertu du contrat de mariage passé avec le kyrios, l'administration et la jouissance de ces biens.

Si nous supposons, au contraire, que le mari soit en même temps le kyrios de sa femme, ce qui peut arriver dans les hypothèses que nous avons précédemment signalées, possède-t-il les mêmes pouvoirs qu'un kyrios ordinaire, notamment en ce qui concerne le droit de disposer de la personne de sa femme? La question est controversée et l'on a enseigné que, s'il avait le droit de disposer de sa femme *mortis causa*, il ne pouvait le faire entre-vifs. En fait, dit-on, les dispositions de ce genre que l'on rencontre chez les orateurs attiques sont toutes testamentaires, comme dans le cas du banquier Pasion et du père de Démosthène [2]. On ajoute en ce sens que le seul cas où il soit certain qu'un mari ait disposé de sa femme entre-vifs est celui de Strymodore [3], mais que le fait a eu lieu à Egine et non à Athènes [4]. Cette restriction aux pouvoirs du mari nous paraît néanmoins inadmissible. On ne peut, en effet, pour la justifier, se prévaloir des cas de Pasion et du père de Démosthène, car, pour ce dernier, il est certain que le mari avait procédé, de son vivant, à l'engyésis de sa femme avec Aphobos et, pour le premier, il est possible qu'il y ait eu, du vivant même de Phormion, une semblable engyésis [5]. Quant au cas de Strymodore, on ne voit pas pourquoi ce qui pouvait avoir lieu à Egine n'aurait pu se faire à Athènes, et

(1) V. *infra*, § 2, Rapports pécuniaires des époux.
(2) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 28; *C. Aphob.*, II, § 15.
(3) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 29.
(4) Philippi, *Gœtt. gel. Anz.* 1867, p. 773-774 ; Desjardins, p. 597.
(5) V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. 3, sect. II.

il y a plutôt lieu d'argumenter par analogie du droit éginitique. Il n'y a donc pas de raison pour refuser au mari les pouvoirs qui appartiennent à tout autre kyrios. Ce que l'on peut seulement admettre, c'est que, comme en témoignent les exemples de Pasion et du père de Démosthène, le mari peut, tout en procédant à l'engyésis de son vivant, ne donner sa femme à un tiers que pour le temps qui suivra son décès.

On a prétendu, d'autre part, distinguer, au point de vue de l'exercice de la puissance maritale, entre les citoyens de naissance et ceux qui le sont par l'effet de la naturalisation et l'on a dit que la plénitude de la puissance maritale n'appartient pas à ces derniers [1]. On allègue à l'appui de cette opinion un passage du second plaidoyer contre Stéphanos où l'orateur Apollodore, parlant de son père, étranger naturalisé, après avoir dit qu'il ne pouvait faire un testament pour cette raison, ajoute qu'il ne pouvait pas non plus disposer de sa femme, dont il n'était pas le kyrios d'après la loi [2]. Ce texte nous paraît insuffisant pour faire échec au principe que les étrangers naturalisés se trouvent désormais, au point de vue de la jouissance des droits civils et, même, sauf une ou deux exceptions, de celle des droits politiques, assimilés aux citoyens par la naissance. On ne peut, en effet, ajouter aucune foi aux affirmations d'Apollodore. La première partie de son argumentation, relative à l'incapacité où était son père de faire un testament, ne repose, de l'avis général, et comme nous le démontrerons ultérieurement, que sur une équivoque [3]. Nous établirons aussi, en étudiant la théorie de l'épiclérat, la fausseté de l'argumentation par laquelle Apollodore cherche à prouver que la tutelle de la femme épiclère appartient à ses enfants ma-

(1) Wachsmuth, I, p. 474.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 15 : οὐδὲ κατὰ τοῦτο ἐξῆν αὐτῷ διαθέσθαι διαθήκην, ἄλλως τε καὶ περὶ τῆς γυναικὸς, ἧς οὐδὲ κύριος ἐκ τῶν νόμων ἦν.

(3) V. *infra*, chap. II.

jeurs [1]. On ne saurait donc accorder aucune autorité aux affirmations d'un plaideur aussi peu scrupuleux lorsqu'il prétend que son père n'était pas le kyrios de sa mère, d'autant plus que cette allégation se rattache dans le fond et dans la forme à un autre argument manifestement erroné [2].

Examinons maintenant quels peuvent être, indépendamment de la puissance du kyrios, les effets produits par le mariage en ce qui concerne les rapports personnels des époux. En droit romain, les jurisconsultes, caractérisant l'effet des *justæ nuptiæ*, disent qu'elles emportent *communicatio juris divini et humani* [3], ou bien qualifient la femme vis-à-vis de son mari *socia rei humanæ atque divinæ domus* [4]. Mais si les époux sont égaux et associés entre eux, cette société n'est point absolue ; ainsi d'abord elle n'existe pas au point de vue politique, car le mariage ne confère à la femme ni les droits politiques, ni aucun de ceux que les Romains appellent *virilia officia*. Cette société ne porte pas non plus sur les biens, puisque, sauf dans le cas où le mariage est accompagné de la *manus*, les deux patrimoines restent distincts [5]. De même, à Athènes, l'association conjugale ne peut conférer à la femme l'égalité avec le mari

(1) Démosthène, *loc. cit.* § 20.

(2) Cf. en ce sens, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Démopoiétoi*. Cet auteur emploie toutefois, pour écarter le texte de Démosthène, des arguments sur la valeur desquels nous éprouvons des doutes. Il dit d'abord qu'on peut soutenir que le texte en question vise une femme étrangère à laquelle la législation d'Athènes n'était pas applicable. Il ajoute que, lors même que le droit athénien aurait dû être appliqué, comme la mère d'Apollodore était épiclère (§ 19), son mari, s'il eût été citoyen d'origine, n'aurait pas eu, plus qu'un naturalisé, les droits qu'implique ordinairement le titre de κύριος. Le premier de ces arguments repose sur une simple conjecture. Quant au second, il est inexact, à notre avis, car nous verrons que le mari de l'épiclère, qui est normalement son plus proche parent, est investi en principe, de la tutelle de sa femme, et que ses fonctions de tuteur ne cessent même pas par la majorité des fils issus du mariage.

(3) Modestin, l. 1, D. *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

(4) L. 2, C. *De crim. exp. her.*, IX, 32.

(5) Cf. Accarias, I, no 79.

au point de vue politique, et, d'un autre côté, le mariage n'emporte point la confusion des patrimoines, car dans le droit attique il n'y a pas d'institution semblable à la *manus*.

A Athènes, de même qu'à Rome, les époux sont cependant associés et égaux à certains points de vue. Ainsi d'abord, ils ont l'un et l'autre le même rang dans la société. A l'époque où la noblesse existait comme caste spéciale et possédait certains privilèges, la femme athénienne mariée à un mari noble devenait noble elle-même. Quand Solon eut supprimé les privilèges exclusifs de la noblesse et appelé les roturiers au partage des droits civiques, mais en les répartissant entre différentes classes, la femme dut naturellement être réputée appartenir à la même classe que son mari. Toutefois cet effet du mariage est beaucoup moins important à Athènes qu'à Rome, car le législateur athénien ne s'était préoccupé de la distinction des classes que pour la graduation des droits civiques et des devoirs militaires, ce qui ne touchait point à la condition de la femme.

Un autre effet du mariage à Rome, c'est que la femme prend de plein droit le domicile légal de son mari et qu'elle le conserve, même après la dissolution du mariage, jusqu'à ce qu'elle en acquière un autre par un second mariage ou autrement [1]. Dans la théorie que nous avons admise, cet effet ne se produit pas de plein droit à Athènes. La femme athénienne nous paraît, en effet, devoir conserver le domicile légal qu'elle avait antérieurement au mariage chez sont kyrios, puisque, même après le mariage, c'est ce kyrios qui continue à l'assister dans les actes juridiques où elle figure et à la représenter en justice. Que si toutefois, par une cause indépendante du mariage, le mari devient le kyrios de son épouse, celle-ci prend alors le domicile légal de son mari, mais en tant que kyrios. Il ne faut point du reste, confondre avec le domicile légal le domicile de fait,

(1) Cf. l 19, D. *De jurisdict.*, II, 1.

la résidence, et la femme comme nous l'avons dit, est tenue de résider avec son mari.

Si nous considérons les époux dans l'intérieur de la maison, nous voyons qu'à Rome la femme participe, en fait, au culte privé de son mari, en quoi elle est *socia divinæ domus*, et en quoi il y a *communicatio juris divini*. Toutefois ce culte ne devient pas sien; elle ne fait que l'emprunter et, par suite, elle ne le conserve pas après la dissolution du mariage [1]. On a prétendu qu'à Athènes la femme devient, par le fait du mariage, étrangère au culte de sa famille d'origine et qu'elle adopte nécessairement celui de son mari [2]. Mais cette manière de voir repose, sur une fausse interprétation de la formalité relative à la γαμηλία dont la prestation suit ordinairement le mariage. On admet généralement que cette formalité a pour objet l'introduction de la nouvelle épouse dans la phratrie de son mari et qu'elle implique ainsi son association aux *sacra* de celui-ci en même temps que l'abandon des *sacra* de sa famille naturelle [3]. Or, comme nous l'avons établi, c'est là une erreur. La prestation de la gamélia est une formalité qui n'a trait qu'à la preuve du mariage et elle n'a nullement pour effet d'associer la femme au culte de son mari en lui faisant abandonner son ancien culte. La femme continue donc, malgré le mariage, à participer au culte de son kyrios, et c'est seulement dans le cas où la qualité de tuteur appartient au

(1) Accarias, *loc. cit.*

(2) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 2, dit à ce sujet : « Le foyer paternel est son dieu (à la jeune fille). Qu'un jeune homme de la famille voisine la demande en mariage, il s'agit pour elle de bien autre chose que de passer d'une maison dans une autre. Il s'agit d'abandonner le foyer paternel pour aller invoquer désormais le foyer de l'autre époux. Il s'agit de changer de religion, de pratiquer d'autres rites et de prononcer d'autres prières. Il s'agit de quitter le dieu de son enfance pour se mettre sous l'empire d'un dieu qu'elle ne connait pas. Qu'elle n'espère pas rester fidèle à l'un en honorant l'autre, car dans cette religion, c'est un principe immuable qu'une même personne ne peut pas invoquer deux foyers ni deux séries d'ancêtres. »

(3) V. les autorités citées, *supra*, p. 147, note 1.

mari qu'il peut y avoir entre les deux époux communauté complète *juris divini* [1] [2].

Si, abstraction faite de la qualité de kyrios, qui peut conférer au mari des pouvoirs considérables sur sa femme, les deux époux sont, en général, sur un pied d'égalité, le mari a cependant, en droit, la direction générale de la famille, ce qui comprend la femme aussi bien que les enfants. Il exerce, vis-à-vis de sa femme, ce qu'Aristote nomme une ἀρχὴ γαμικὴ [3], puissance bien distincte dans son principe et dans ses effets de la puissance tutélaire, c'est-à-dire qu'il est le chef de l'association conjugale dans tous les points qui ne dépendent pas de cette dernière puissance. Il possède seul aussi la puissance paternelle sur les enfants issus du mariage et c'est à ce titre que, notamment, il donne leurs noms à ces enfants [4].

Le mari, non seulement est tenu de recevoir sa femme au domicile conjugal, mais encore il doit subvenir à son entretien suivant son rang et sa fortune. Cela n'est pas douteux dans le cas où la femme a apporté une dot au mari, car les revenus de la dot ont pour destination naturelle de subvenir à l'entretien de la femme et des enfants. Aussi, après la dissolution du mariage, le mari détenteur de la dot peut-il être l'objet d'une action alimentaire nommée δίκη σίτου. Si cette action ne paraît pas autorisée pendant le mariage et si la femme ne peut, lorsque le mari ne remplit point son obligation alimentaire, demander la restitution anticipée de sa dot, du moins est-elle en droit d'user d'un moyen plus énergique en réclamant ou en imposant le divorce

(1) Aussi a-t-on prétendu, non sans raison, qu'à Rome la participation de la femme au culte de son mari, suppose nécessairement la *manus*.

(2) Nous ne considérerons donc point comme renfermant des exceptions au droit commun de la Grèce les faits révélés par les inscriptions de l'île de Kos, signalés par Rayet, *in Annuaire*, 1875, p. 313.

(3) Aristote, *loc. cit.*

(4) V. *infra*, liv. I, tit. III, chap. II.

à son mari [1]. Que si la femme n'a point, par exception, reçu de dot ou n'a reçu qu'une dot insignifiante, le mari n'en est pas moins tenu, à notre avis, de l'obligation alimentaire, et la sanction nous paraît encore devoir être la même, c'est-à-dire que la femme pourra se prévaloir de la négligence ou du refus du mari comme d'une juste cause d'ἀπόλειψις, dans la requête qu'elle présentera à ce sujet à l'archonte. Ce magistrat, statuant *causa cognita*, comme dans toute instance en divorce formée par la femme, a tout pouvoir pour apprécier l'existence et la gravité de la faute commise par le mari [2].

Lorsque la femme mariée est une épiclère, son mari est tenu envers elle de certaines obligations spéciales : il doit, notamment, lui rendre le devoir conjugal conformément aux prescriptions de la loi et s'abstenir de se livrer à la débauche avec des courtisanes ou des garçons [3]. Ces obligations sont sanctionnées par une action spéciale nommée δίκη κακώσεως. On s'est demandé si cette action ne peut pas être intentée par toute femme mariée sur le fondement des faits qui en autorisent l'exercice par l'épiclère. Les interprètes ne sont point d'accord à ce sujet. Suivant les uns [4], l'action en question appartient à toute femme mariée indistinctement et non point seulement à l'épiclère. On allègue, en ce sens, que cette action a la même raison d'être, quelle que soit la qualité de la femme, et que celle-ci mérite dans tous les cas d'être protégée contre les actes de son mari qui sont de nature à constituer une κάκωσις. On invoque également à l'appui de cette opinion l'autorité de Pollux [5] et de Pho-

(1) V. *infra*, § 2, Rapports pécuniaires des époux.
(2) V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. V.
(3) V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. VI.
(4) Platner, *Process*, II, p. 234 ; Thonissen, p. 289.
(5) Pollux, VIII, 89 : δίκαι δὲ πρὸς αὐτὸν λαγχάνονται κακώσεως, παρανοίας, εἰς διαιτητῶν αἵρησιν, ἐπιτροπῆς ὀρφανῶν, ἐπιτρόπων καταστάσεως, κλήρων καὶ ἐπικλήρων ἐπιδικασίαι.

tius [1] qui ne paraissent admettre aucune restriction à l'exercice de la δίκη κακώσεως, ainsi que certains passages des auteurs anciens, grecs ou romains [2], qui parlent de cette action dans les termes les plus généraux, sans la limiter aucunement à l'épiclère.

Nous croyons, au contraire, devoir restreindre aux femmes épiclères la δίκη κακώσεως, ainsi que le font les sources auxquelles seules on peut puiser avec certitude. Ainsi d'abord Harpocration et Suidas [3], dans la définition très complète qu'ils donnent de cette action, la restreignent formellement aux épiclères. De même Démosthène [4], lorsqu'il parle des trois cas de κάκωσις qui peuvent être déférés à l'archonte, ne signale, à côté de la κακώσις ὀρφανῶν et de la κάκωσις γονέων que celle qui est commise à l'égard des épiclères spécialement. On objecte en vain les passages de Pollux et

(1) Photius, vo κακώσεως, II, dans la définition de la δίκη κακώσεως, dit simplement que c'est une action κατὰ τῶν ἀνδρῶν ταῖς γυναιξίν.

(2) Ainsi, suivant Diogène Laërce (IV, 3, § 17) qui ne fait, du reste, que rapporter sur ce point le témoignage d'Antigone de Caryste, Polémon se voit intenter une δίκη κακώσεως par son épouse pour s'être livré à la débauche avec des garçons : φυγεῖν δὲ τὸν Πολέμωνα καὶ δίκην κακώσεως ὑπὸ τῆς γυναῖκος, ὡς μειρακίοις συνόντα. Elien (*Hist. anim.* I, 13), parlant d'un certain poisson nommé αἰτναῖος, dont il loue la fidélité, dit: ἄλλης οὐχ ἅπτεται.... οὐδὲ μὴν δέδοικε κακώσεως δίκην ὁ αἰτναῖος οὐδὲ αἰδεῖται Σόλωνα. C'est en songeant à cette action que Lucien (*Bis accus.* 14, 26, 29) se fait intenter une δίκη κακώσεως par la rhétorique à qui il a préféré le dialogue. De même, dans une ancienne comédie de Cratios, intitulée Πυτίνη, et dont la perte nous a privé malheureusement d'un grand nombre de détails sur notre action, l'auteur se faisait intenter une action κυκώσεως par la poésie, parce qu'il lui préférait souvent la bouteille. Cf. *Schol. ad Aristoph. Equit.* 400. Les rhéteurs d'une époque plus récente prennent quelquefois la κάκωσις commise par un mari à l'égard de sa femme comme thème de leurs déclamations (V. Quintilien, *Orat.* VII, 4, 10 et *Decl.* VIII, X, XVIII), et cela sans faire non plus aucune distinction.

(3) Harpocration et Suidas, vo κακώσεως : δίκης ὄνομα ἐστι ταῖς τε ἐπικλήροις κατὰ τῶν γεγαμηκότων, καὶ κατὰ τῶν παίδων τοῖς γονεῦσι, καὶ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων τοῖς ὑπὲρ τῶν ὀρφανῶν.... ὅτι δὲ ἐξῆν καὶ παντὶ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι κακώσεως γονέων καὶ ταῖς ἐπικλήροις βοηθεῖν. Cf. *Lexic. Seguer.* (éd. Bekker) 269, 1, qui renferme une définition identique.

(4) *Adv. Lacrit.*, § 48: ἀλλὰ παρὰ τῷ ἄρχοντι ; οὐκοῦν ἐπικλήρων καὶ ὀρφανῶν καὶ τῶν τοκέων τῷ ἄρχοντι προστετάκται ἐπιμελεῖσθαι.

de Photius. On ne peut rien conclure, en effet, de la simple citation faite par Pollux de la δίκη κακώσεως à côté d'autres actions, et cet auteur ne s'est évidemment pas proposé de décider implicitement que l'action κακώσεως était aussi générale que les autres actions qu'il cite, comme la δίκη προικός et la δίκη σίτου. Il se réfère à la législation spéciale à ces diverses actions. Quant à la définition de Photius, empruntée manifestement aux mêmes sources que celles du lexique de Séguier, on ne peut y avoir aucune confiance, car elle est certainement incomplète et omet la κακώσεως δίκη accordée aux parents contre leurs enfants ; elle a donc pu omettre également d'ajouter au mot ταῖς γυναιξίν l'épithète ἐπικλήροις qui se trouve dans le lexique précité. On ne peut non plus reconnaître une autorité quelconque aux passages des auteurs anciens qui parlent de la δίκη κακώσεως en termes généraux, car ces auteurs ne se sont nullement proposé de donner une définition juridique de cette action ; ils y font allusion d'une manière tout-à-fait accidentelle, et quelquefois même sans se douter de sa portée réelle. On ne saurait davantage considérer comme une objection sérieuse ce que Diogène Laërce raconte de la δίκη κακώσεως intentée contre Polémon, car nous ne savons rien de la femme de Polémon, qui probablement était épiclère. Ce n'est point, du reste, sans motif, que l'on peut distinguer entre les épiclères et les autres femmes mariées. Les premières, en effet, en raison de leur situation particulière, ayant perdu leur père, qui est leur protecteur naturel, et n'ayant pas non plus de frères consanguins, sont sous la protection spéciale de l'archonte, et l'on comprend que la loi leur réserve une action qu'elle n'ouvre pas au profit des autres femmes mariées [1].

Tout ce que l'on peut admettre c'est, avec Ciccotti [2], que

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 353, 354 ; Ciccotti, p. 14.— Van den Es (p. 36) ne se prononce pas sur la question.

(2) *Loc. cit.*

la δίκη κακώσεως pouvait en quelque sorte être considérée comme l'acte introductif d'une instance en divorce (ἀπόλειψις) ntentée par la femme en cas de sévices ou injures graves, ou d'une δίκη σίτου dans le cas où l'épouse était abandonnée par son mari. Mais encore faut-il faire une réserve importante à cet égard, car ces actions ont un caractère personnel, en ce sens qu'elles ne peuvent être intentées que par la femme ou par son représentant légal, tandis que tout citoyen d'Athènes pouvait exercer la δίκη κακώσεως, et cela même sans s'exposer à aucune des peines encourues par l'accusateur qui n'obtenait pas gain de cause [1]. Il faut observer, d'autre part, que la δίκη κακώσεως entraîne des conséquences pénales pour celui qui est convaincu de κάκωσις. Or il paraît difficile, même en admettant la proposition de Ciccotti, d'appliquer au mari d'une femme non épiclère des peines qui n'ont été édictées qu'en vue de la protection spéciale des femmes épiclères.

Platner [2], tout en admettant que la δίκη κακώσεως appartient indistinctement à toute femme mariée, enseigne cependant que, s'il ne s'agit point d'une épiclère, l'exercice de cette action n'est possible que par les parents de la femme outragée. Mais cette restriction nous paraît arbitraire et, si l'on se prononce pour l'extension de notre action à toutes les femmes mariées on doit, logiquement, permettre à tout citoyen de l'intenter dans l'intérêt de la femme. Il n'y a, en effet, aucune raison pour soumettre la δίκη κακώσεως à des règles distinctes suivant qu'il s'agit d'une épiclère ou de toute autre femme mariée.

En supposant, contrairement à l'opinion que nous avons adoptée, que la δίκη κακώσεως puisse être formée par toute femme mariée, l'adultère du mari ne serait punissable que s'il revêtait un caractère injurieux pour la femme et de

(1) V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 358.
(2) *Process*, II, p. 235.

nature à constituer une κάκωσις. Le simple adultère ne peut, en effet, dans le droit attique, entraîner aucune conséquence fâcheuse pour le mari; l'adultère de la femme seul est réprimé à la fois par la loi pénale et par la loi civile. Il semble cependant que, dans le mariage athénien, de même qu'à Rome dans le mariage sans *manus*, la femme étant en principe l'égale de son mari, il devrait y avoir réciprocité des devoirs conjugaux et notamment du devoir de fidélité. Le droit attique a cependant admis ici une distinction entre le mari et la femme. Tandis que l'adultère du mari constitue tout au plus une faute morale, dont il ne doit compte à personne, l'adultère de la femme est sévèrement réprimé tant par la loi pénale que par la loi civile. Cette inégalité dans la répression de l'adultère, si elle est injustifiable au point de vue moral, au moins dans nos idées modernes, peut cependant s'expliquer par les antiques traditions relatives au culte des ancêtres. L'adultère de la femme peut avoir pour conséquence d'introduire dans la famille un sang étranger, de donner au mari des enfants qui, n'étant point nés de ses œuvres, seront indignes d'offrir aux dieux de la famille les sacrifices consacrés ou ne pourront le faire qu'en commettant une sorte de sacrilège. L'adultère du mari ne présente point la même gravité puisqu'il ne peut avoir les mêmes effets. La loi de Manou faisait déjà cette distinction, et elle est également admise par le droit romain [1]. La rigueur que la loi athénienne déploie vis-à-vis de la femme adultère se comprend d'ailleurs beaucoup mieux encore dans le cas assez fréquent où elle se trouve sous la tutelle de son mari.

L'adultère [2] de la femme entraîne contre elle des consé-

(1) V. Accarias, I, no 92-2°.

(2) L'adultère, dans le droit attique, est désigné par l'expression μοιχεία. Ce mot a toutefois un autre sens et il désigne également tout commerce illégitime avec une fille ou une veuve. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 402-403, texte et note 599. L'expression φθορά est aussi prise comme synonyme de μοιχεία, qu'il

quences civiles et d'autre part, la loi pénale édicte une répression assez sévère non seulement contre la femme coupable, mais encore contre son complice. Au point de vue civil d'abord, l'adultère constitue une juste cause de répudiation de la femme, non point que, dans le droit attique, le mari soit tenu, comme dans certaines législations modernes, d'invoquer une cause déterminée de divorce, mais en ce sens qu'il rend évidemment impossible l'exercice par la femme de la δίκη ἀποπομπῆς, à supposer, du reste, que cette action ait le sens que nous indiquerons ultérieurement en parlant du divorce. De plus, par une disposition plus fière que généreuse et qui méconnaît la grandeur du pardon, la loi prescrit au mari, sous peine d'atimie, la répudiation de la femme convaincue d'adultère [1]. Une autre sanction civile de l'adultère de la femme consisterait, d'après certains auteurs, dans le droit pour le mari de retenir la dot qu'autrement il devrait restituer. Mais cette proposition est, comme nous le verrons [2], fort contestable et nous ne pensons pas que, même dans cette hypothèse, il y ait exception aux principes généraux sur la restitution de la dot.

Au point de vue pénal, il faut distinguer, pour la répression de l'adultère, entre la femme et son complice. En ce qui concerne d'abord ce dernier, une loi de Dracon [3], dont

s'agisse de la φθορὰ παρθένου (Harpocration, v° βιαίων) ou de la φθορὰ d'une femme mariée (Denys d'Halicarnasse, II, c. 25 ; Lysias, *De cœde Eratosth.*, I, § 16). Cf. Hruza, II, p. 77. La femme adultère est nommée μοιχευομένη et son complice μοιχός.

(1) Demosthène, *in Neæram*, § 85.

(2) V. *infra*, § 2, Rapports pécuniaires des époux.

(3) Suivant Pausanias (IX, 36) c'est Dracon qui, le premier, aurait permis de tuer l'adultère surpris en flagrant délit. Libanius (*Declam*. XXIII) émet la même opinion. Plutarque (*Solon*, c 23) attribue, au contraire, à Solon la loi qui légitime le meurtre du séducteur surpris *flagrante delicto* : μοιχὸν μὲν γὰρ ἀνελεῖν τῷ λαβόντι ἔδωκεν. La loi en question appartient plutôt, à notre avis, aux dispositions de Dracon sur le meurtre que Solon a, par exception, conservées en bloc dans sa nouvelle législation. Cf. Hruza, II, p. 74 et s.

l'authenticité est incontestable, et que nous avons déjà eu l'occasion de citer, décide que le séducteur surpris en flagrant délit auprès d'une épouse légitime (ἐπὶ δάμαρτι) ou d'une concubine (παλλάκη ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ) [1] peut être mis à mort impunément par le mari ou par le concubin [2]. Abstraction faite de la disposition relative à l'adultère de la concubine qui, comme nous l'avons montré, ne comportait plus d'application possible à l'époque des orateurs, le meurtre du séducteur n'est légitime qu'en cas de flagrant délit, ou, suivant les expressions usitées, si le coupable est surpris ἐν ἔργῳ, ἄρθρα ἐν ἄρθροις ἔχων. Cette condition, qui résulte déjà, dans la loi citée par Démosthène et Lysias, de l'expression ἐπὶ δάμαρτι, est formellement attestée par d'autres textes [3]. Mais, du moment qu'il a surpris le séducteur en flagrant délit [4], le mari peut agir avec calme et réflexion. C'est ainsi qu'Ephilite, ayant surpris Eratosthène en flagrant délit, lui lia les mains derrière le dos, écouta ses supplications, rejeta ses offres d'accommodement et le mit froidement à

(1) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 53. V. *supra*, p. 84. — Cf. Lysias, *De cæde Eratosth.*, § 20 : διαῤῥήδην εἴρηται τοῦτου μὴ καταγιγνώσκειν φόνου, ὅς ἂν ἐπὶ δάμαρτι τῇ ἑαυτοῦ μοιχὸν λαβὼν ταύτην τὴν τιμωρίαν ποιήσηται. Ménandre, *in* Stobée, *Serm.* VI, 25 :

οὐκ ἔστι μοιχοῦ πρᾶγμα τιμιώτερον·
θανάτου γὰρ ἐστιν ὤνιον.

(2) V. sur le sens de cette expression, *supra*, p. 85 et s. — Le droit de tuer le séducteur n'appartient, de l'avis général, qu'au mari et non point à toute personne qui voudrait venger l'honneur de celui-ci. Cf. Van Stegeren, p. 149, note 3 ; Thonissen, p. 312 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 403 ; Hruza, II, p. 76 et s.

(3) L. 24, pr. D. *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVII, 5 : ....et Pomponius scripsit in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi, et hoc est quod Solo et Draco dicunt ἐν ἔργῳ. Lucien, *Eunuch.* c. 10 : καὶ μοιχὸς ἑάλω ποτὲ ὡς ὁ ἄξων φησὶν ἄρθρα ἐν ἄρθροις. Cf. Petit, *Leg. att.* p. 563 ; Hruza, II, p. 76, note 9.

(4) Cette condition du flagrant délit condamne manifestement la proposition de Meursius (*Themis attica*, I, c. 4) d'après laquelle la loi athénienne aurait puni la simple tentative d'adultère. Meursius invoque en ce sens un passage de Maximus Tyrius (Dissert. 11) portant : καὶ γὰρ μοιχὸν κολάζειν ὁ νόμος οὐτὸν δράσαντα μόνον, ἀλλὰ καὶ τὸν βουληθέντα. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 403, note 592.

mort en présence de plusieurs amis [1]. Lorsqu'il y a ainsi flagrant délit et que le mari met à mort le complice de sa femme, le meurtre n'est pas seulement excusable, il est légitime, et le mari échappe à toute pénalité. C'est qu'en effet, bien que le droit de l'époux outragé ne soit, en définitive, qu'une émanation du principe originaire de la vengeance privée, le mari apparaît, dans l'exercice de ce droit, comme l'instrument de la justice nationale, et le coupable ne fait en quelque sorte que recevoir de la main du mari le châtiment édicté par la loi [2].

Le meurtre commis par le mari n'est point cependant toujours absous. La loi excepte le cas où l'adultère a été commis dans un lieu de prostitution ou avec une femme trafiquant notoirement de ses charmes [3]. Le mari qui, en pareil cas, tuait le complice de sa femme, était assimilé à un meurtrier ordinaire. Il en était de même lorsqu'il avait attiré lui-même le délinquant [4]. Le meurtre paraît également avoir été interdit lorsque le coupable avait réussi à se réfugier au foyer qui servait d'autel domestique [5]. On a encore prétendu qu'il n'y avait pas μοιχεία donnant lieu à l'application de la loi de Dracon dans le cas où un citoyen athénien était surpris auprès de la femme d'un étranger [6]. Mais c'est là une con-

(1) Lysias, *De cœde Eratosth.*, §§ 24-29.

(2) Cf. Lysias, *loc. cit.*, § 26 où Ephilite tient à Eratosthène le langage suivant : « οὐκ ἐγώ σε ἀποκτενῶ, ἀλλὰ ὁ τῆς πόλεως νόμος. Lysias, *C. Agorat.*, § 66 : ἐλήφθη μοιχός καὶ τούτου θάνατος ἡ ζημία ἐστίν. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 407, note 606 ; Hruza, II, p. 76-77 ; Thonissen, p. 313.

(3) Démosthène, *C. Neæram*, § 67 : τὸν νόμον... ὃς οὐκ ἐᾷ ἐπὶ ταύταις μοιχὸν λαβεῖν, ὁπόσαι ἂν ἐπ' ἐργαστηρίου καθῶνται ἢ ἐν τῇ ἀγορᾷ πωλῶνται ἀποπεφασμένως. Cf. Lysias, *C. Theomnest.*, § 19 ; Harpocration, v° ἀποπεφασμένον. V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 403, note 591.

(4) Thonissen, p. 313, qui argumente en ce sens du plaidoyer de Lysias *De cœde Eratosth.* — Cela résulte également du plaidoyer de Démosthène contre Néèra, § 66, où l'action ἀδίκως εἱρχθῆναι ὡς μοιχόν est accordée à celui qui prouve le guet-apens du mari, δόξῃ ἀδίκως ἐπιβεβουλεῦσθαι.

(5) Lysias, *De cœde Eratosth.*, § 27 ; οὐδ' ἐπὶ τὴν ἑστίαν καταφυγών. Cf. Platner, *Process*, t. 2, p. 207 ; Thonissen, p. 312.

(6) Hefter, p. 179.

jecture que rien ne justifie jusqu'à présent, car partout où les orateurs parlent de la répression de l'adultère, ils s'expriment dans les termes les plus généraux [1]. Il faut écarter enfin l'opinion d'après laquelle le droit de vengeance n'appartiendrait au mari que dans le cas où il surprend les coupables dans la maison conjugale. Rien dans les textes n'autorise une semblable restriction : ἐπὶ δάμαρτι, dit la loi de Dracon, sans se préoccuper du lieu où l'adultère est commis. On ne comprendrait point, du reste, pourquoi la loi aurait spécialement enlevé au mari le droit de tuer le délinquant en cas de perpétration du délit dans une maison de débauche, si ce meurtre n'avait été légitime qu'au domicile conjugal [2].

Le mari, s'il ne veut pas exercer pleinement son droit de vengeance en mettant à mort le coupable, peut lui infliger un traitement cruel et humiliant qui, dans la pensée des Athéniens, a pour objet de lui imprimer une tache indélébile : ces peines spéciales à la discrétion du mari sont le παρατιλμὸς et la ῥαφανίδωσις [3], auxquelles les auteurs anciens, notamment les comiques, font assez fréquemment allusion [4]. On a prétendu que le mari pouvait même infliger au coupable d'autres châtiments beaucoup plus rigoureux, c'est-à-dire lui crever les yeux ou le marquer au fer rouge [5]. Mais les passages des rhéteurs [6] que l'on allégue en ce sens ne sont

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 403, note 591 ; Thonissen, p. 318, Humbert et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, V° *Adulterium*.

(2) Thonissen, p. 319. — Platner, *Process*, II, p. 206, considère la question comme douteuse.

(3) Suidas, v° ῥαφανις : οὕτω γὰρ τοὺς ἁλόντας μοιχοὺς ᾐκίζοντο· ῥαφανίδας λαμβάνοντες καθίεσαν εἰς τοὺς πρωκτοὺς τούτων, καὶ παρατίλλοντες αὐτούς, θερμὴν τέφραν ἐπέπαττον, βασάνους ἱκανὰς ἐργαζόμενοι. — Cf. Hézychius, v° Λακιάδαι.

(4) Cf. Schol. ad Aristoph. *Plut.*, 168; *Nub.*, 1083 ; *Eccles.*, 722; Isée, *De Ciron. her.*, § 44.

(5) Meursius, *loc. cit.* I, 4.

(6) Auct. problem. rhet. c. LVIII : νόμος ἐκέλευε τὸν μοιχὸν καταλαμβανόμενον τυφλοῦσθαι ἀκρίτως. Hermogenes, *Part. Stat.* sect. XIII : ἔξεστι στίζειν τοὺς μοιχούς. στίζων τις ἀπέκτεινε, καὶ φεύγειν φόνου.

point ànotre avis une preuve suffisante. On ne trouve aucune trace, ans les orateurs classiques, de ces raffinements de cruauté qui n'ont été imaginés que par des déclamateurs écrivant à une époque où l'on ne possédait plus des notions très exactes sur l'ancienne législation grecque [1].

Le mari peut enfin renoncer entièrement à sa vengeance et se contenter d'une indemnité que le séducteur devait facilement promettre pour échapper aux supplices dont il était menacé. Mais le mari avait le droit, pour s'assurer le payement de l'indemnité, de priver le coupable de sa liberté, jusqu'à ce qu'il eût fourni des cautions de ce payement [2].

Le législateur avait, au surplus, édicté certaines règles destinées à prévenir l'abus par le mari du droit de vengeance que la loi remettait ainsi entre ses mains. Celui qui prétendait avoir été indûment maltraité et rançonné, soit parce qu'il n'y avait pas μοιχεία au point de vue légal, soit parce qu'il avait été attiré dans un guet-apens, pouvait intenter devant les thesmothètes une action spéciale, ἀδίκως εἰρχθῆναι ὡς μοιχόν. S'il obtenait gain de cause, il était libéré de sa promesse, ses cautions étaient déchargées de leur engagement, et ses adversaires subissaient les peines édictées contre ceux qui se rendaient coupables d'outrages et d'arrestation arbitraire. Mais si, au contraire, il succombait, c'est-à-dire si le tribunal le déclarait adultère, ses cautions devaient le livrer à la partie adverse et celle-ci, dans l'enceinte même du tribunal, pouvait lui faire subir le traitement qu'elle voulait, comme à un adultère, à la seule condition de ne pas employer le glaive [3].

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 404 ; Thonissen, p. 318.

(2) Démosthène, *C. Neæram*, § 65 ; Lysias, *De cæde Eratosth.*, § 25. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 404, note 597.

(3) Démosthène, *C. Neær.* § 66 : κατὰ τὸν νόμον ὃς κελεύει, ἐὰν τις ἀδίκως εἵρξῃ ὡς μοιχὸν, γράψασθαι πρὸς τοὺς θεσμοθέτας ἀδίκως εἰρχθῆναι, κἂν μὲν ἕλῃ τὸν εἵρξαντα καὶ δόξῃ ἀδίκως ἐπιβεβουλεῦσθαι, ἀθῷον εἶναι αὐτον καὶ τοὺς ἐγγυητάς ἀπηλλάχθαι τῆς ἐγγύης, ἐὰν δὲ δόξῃ μοιχὸς εἶναι, παραδοῦναι αὐτὸν κελεύει τοὺς

Lorsque le délinquant n'avait pas été surpris en flagrant délit ou qu'il avait réussi à se soustraire à la vengeance du mari, celui-ci pouvait, au moyen d'une γραφὴ μοιχείας, demander aux tribunaux le châtiment du coupable. Mais quelle était alors la peine encourue? Suivant Lysias, il faudrait faire une distinction. Le coupable qui emploie la séduction serait puni de mort, tandis que, s'il use de violence, il serait simplement condamné à l'amende du double [1]. Un autre texte du même orateur pourrait également laisser supposer que la peine de mort était le châtiment légal de l'adultère [2]. On en a conclu que le dernier supplice pouvait être prononcé par les juges contre le coupable [3]. Nous ne croyons point cependant que la loi pénale athénienne ait été aussi rigoureuse, et nous estimons que la mort ne peut être donnée au coupable que *in flagranti delicto*. Les textes que l'on a cités en sens contraire ne sont point décisifs. Dans son discours contre Agoratos, lorsqu'il dit que la mort est la peine de l'adultère, Lysias songe manifestement à la vengeance privée en cas de flagrant délit : ἐλήφθη μοιχός. Il en est de même dans le discours sur le meurtre d'Eratosthène, ainsi que cela résulte de l'ensemble du plaidoyer. La preuve qu'au contraire le coupable ne peut plus être mis à mort lorsqu'il ne l'a pas été au moment même de la perpétration du délit, résulte de ce que nous avons dit relative-

ἐγγυητὰς τῷ ἑλόντι, ἐπὶ δὲ τοῦ δικαστηρίου ἄνευ ἐγχειριδίου χρῆσθαι ὅ τι ἂν βουληθῇ ὡς μοιχῷ ὄντι.

(1) Lysias, *De cœde Eratosth.*, § 32: νόμος κελεύει ἐάν τις ἄνθρωπον ἐλεύθερον ἢ παῖδα αἰσχύνῃ βίᾳ, διπλῆν τὴν βλάβην ὀφείλειν, ἐὰν δὲ γυναῖκα, ἐφ' αἷσπερ ἀποκτείνειν ἔξεστιν, ἐν τοῖς αὐτοῖς ἐνέχεσθαι. οὕτως τοὺς βιαζομένους ἐλάττονος ζημίας ἀξίους ἡγήσατο εἶναι ἢ τοὺς πείθοντας· τῶν μὲν γὰρ θάνατον κατέγνω, τοῖς δὲ διπλῆν ἐποίησε τὴν βλάβην. Lysias donne de cette distinction entre l'adultère par séduction et l'adultère par violence des raisons qui, au point de vue législatif, sont excellentes: Platner, *Process*, t. 2, p. 207, se fonde à tort sur le texte de Lysias pour limiter le droit du mari de tuer le coupable au cas où celui-ci avait usé de séduction et non de violence.

(2) Lysias, *C. Agorat.*, § 66 : ἐλήφθη μοιχός, καὶ τούτου θάνατος ἡ ζημία ἐστίν.

(3) Thonissen, p. 314-316 ; Platner, *Process*, t. 2, p. 209.

ment à l'action ἀδίκως εἰρχθῆναι ὡς μοιχόν. Nous avons vu, en effet, que si le plaignant était déclaré adultère par le tribunal, le mari outragé ne pouvait se servir du glaive dans l'application du châtiment qu'il lui infligeait devant le tribunal, c'est-à-dire que la mise à mort était interdite. Abstraction faite du dernier supplice, il est probable que le châtiment de l'adultère était abandonné à l'appréciation du tribunal, quand le mari ne voulait point s'en charger [1]. D'après un texte de Sopater, l'adultère aurait été, en cas de condamnation, frappé d'atimie partielle et privé du droit d'entrer désormais dans un temple [2]. Mais on peut douter de l'authenticité de la loi citée par le rhéteur [3]. Le mari pouvait, en outre, intenter contre le coupable d'autres actions, suivant les cas, à savoir la δίκη βιαίων [4] et la γραφὴ ὕβρεως [5].

La poursuite judiciaire de l'adultère était-elle ouverte à tout citoyen? L'affirmative nous paraît résulter du caractère de cette poursuite, que Pollux et Aristote [6] rangent au nombre des γραφαί, c'est-à-dire des actions publiques ordinaires [7]. Cependant certains auteurs estiment que la nature des

(1) Cf. Hermann-Thalheim, p. 43; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 407-408, texte et note 606 ; Schœmann-Galuski, t. 1, p. 589. — D'après Schœmann, en supposant qu'une amende fût prononcée, la somme profitait à l'État et non au plaignant, ainsi que cela résulte de la nature des accusations publiques parmi lesquelles était rangée la γραφὴ μοιχείας. Suivant Humbert et Caillemer (*loc. cit.*), la peine de l'adultère est inconnue, mais tout porte à croire qu'elle devait être très rigoureuse.

(2) Sopater, *in Hermogenem* (cité par Meursius, I, 4) : νόμος τὸν μοιχὸν εἰς ἱερὸν μὴ εἰσιέναι.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 408.

(4) Lysias, *De cæde Eratosth.*, § 32, *supra*, p. 239, note 1.

(5) Démosthène, *In Midiam*, § 47 : ἐάν τις ὑβρίσῃ εἴς τινα, ἢ παῖδα, ἢ γυναῖκα, ἢ ἄνδρα κτλ. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 644; Hermann-Thalheim, p. 43; Thonissen, p. 316 ; Hruza, II, p. 78.

(6) Pollux, VIII, 40, 88 ; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 59. Cf. Harpocration, vo παράστασις.

(7) Hruza, II, p. 78. On peut citer, en ce sens, la décision de la loi romaine *Julia de adulteriis* qui donnait à tout citoyen le droit d'intenter l'accusation

choses et surtout l'exemple de ce qui se passait en matière de meurtre ne permettent pas d'accepter cette décision sans réserve. Suivant eux, il est plus probable que le droit d'intenter la poursuite n'appartenait qu'à l'époux outragé et, tout au plus, aux membres de la famille [1]. Nous savons par les lexicographes que la γραφὴ μοιχείας devait être intentée à un certain jour de chaque mois, πέμπτῃ φθίνοντος [2].

En ce qui concerne maintenant l'épouse coupable, on peut se demander d'abord si le mari avait le droit de la tuer, aussi bien que son complice, lorsqu'il la surprenait *flagrante delicto*. Les lois citées par les orateurs et les commentaires que ceux-ci en font sont muets sur ce point. De même, la loi relatée dans le plaidoyer de Démosthène contre Néèra, parlant du cas où le mari a surpris sa femme en flagrant délit, mentionne simplement l'obligation pour le mari de la répudier [3]. L'orateur, dans le passage qui précède la citation de cette loi, semble bien supposer que le droit de vengeance du mari ne pouvait s'exercer que sur le séducteur, lorsqu'il dit : « C'est pour inspirer aux femmes une crainte capable de leur faire garder les bonnes mœurs, fuir le vice, vivre honnêtement dans leur maison, pour leur apprendre que, si l'une d'elles enfreint ses devoirs, elle sera exclue à la fois de la maison de son mari et des cérémonies du culte national » [4]. Cependant, au témoignage de certains rhéteurs, l'épouse adultère aurait pu être tuée aussi bien que son complice [5]. On peut dire aussi qu'il est difficile d'admettre

quand le mari et le père gardaient le silence. L. 4, § 1, D. *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVII, 5. Constantin ne laissa le droit de poursuite qu'à certains proches parents. L. 30, pr. C. *Ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9.

(1) Thonissen, p. 319 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 406, Humbert et Caillemer, *loc. cit.* Platner (t. 2, p. 208) ne se prononce pas sur cette question.

(2) Photius et Suidas, v° πέμπτῃ φθίνοντος.

(3) Démosthène, *C. Neæram*, § 87.

(4) *Ibid.* § 86.

(5) Cf. Hermogène, cité par Menesius (I, 5) : ἐξῆν δ'ἀποκτιννύναι καὶ τὸν μοιχὸν καὶ τὴν μοιχευομένην.

que la loi, tenant compte de la légitime colère du mari outragé, ait placé dans une situation privilégiée celle des deux coupables sur qui cette colère semble devoir s'exercer principalement [1]. Nous ne saurions, pour notre compte, nous prononcer sur ce point. Dans tous les cas, le témoignage des rhéteurs, sur cette question comme sur les autres que soulève la matière, ne nous paraît nullement décisif. On ne peut davantage, à notre avis, y ajouter foi, lorsqu'ils parlent d'une loi qui aurait permis à l'époux outragé de vendre sa femme et de la réduire au dernier rang des esclaves lorsqu'aucun acheteur ne se présentait [2]. A supposer que cette loi n'ait point été le fruit de l'imagination des rhéteurs, elle n'a certainement point été en vigueur à Athènes [3].

Abstraction faite de l'expulsion obligatoire du domicile conjugal dont nous avons précédemment parlé, l'épouse adultère encourait certaines pénalités infamantes. Elle était frappée d'une sorte d'atimie, la loi lui interdisait l'approche des cérémonies du culte public, dont cependant elle avait permis l'accès aux femmes étrangères et même aux femmes esclaves. Si elle s'introduisait dans ces cérémonies au mépris de la loi, on pouvait lui faire subir impunément tout ce qu'on voulait, jusqu'à la mort exclusivement. De plus, toute parure lui était interdite et, si elle enfreignait cette défense, toute personne pouvait lui arracher ses ornements, déchirer ses habits et même la frapper, pourvu qu'il n'en résultât ni mutilation, ni blessure mortelle. En un mot, comme le dit Eschine, « le législateur la couvre d'opprobre et lui fait de la vie un fardeau accablant, plus pénible que la mort [4]. »

(1) V. en ce sens, Thonissen, p. 316.

(2) Auct. probl. Rhet., c. 24 et 37, cité par Meursius, *ibid*. — Cf. De Pastoret, t. VI, p. 520.

(3) Thonissen, p. 318 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 406, note 601.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, § 183 : ὁ δὲ Σόλων... τὴν γὰρ γυναῖκα ἐφ' ᾗ ἂν ἁλῷ

Les conséquences que nous venons d'indiquer étaient de plein droit applicables à la femme coupable, sans qu'il fût besoin d'une sentence judiciaire pour la condamner du chef d'adultère. Il suffisait de la constatation de l'adultère, soit par le meurtre du séducteur, soit par la vengeance exercée d'une autre manière par le mari, soit enfin par la condamnation prononcée contre le complice de la femme. Une action μοιχείας n'était-elle point cependant possible contre la femme directement ? On l'a nié [1]. Mais l'affirmative nous paraît plus exacte. On peut supposer, en effet, que le flagrant délit n'a pas pu être constaté, ou bien que la condamnation du complice a été rendue impossible par son décès avant les poursuites. Il faut bien, en pareil cas, que l'on puisse faire déclarer judiciairement l'adultère de la femme, et le moyen ouvert à cet effet est la γραφὴ μοιχείας. Aussi Lucien parle-t-il, par manière de plaisanterie, il est vrai, d'une plainte en adultère contre la Rhétorique, son épouse, coupable d'avoir dépouillé toute honte et de s'être livrée à des caresses adultères [2]. On peut citer dans le même sens la loi d'Ephèse [3] qui punissait par la perte de sa dot la femme condamnée pour adultère [4]. La γραφὴ μοιχείας, à supposer qu'elle soit possible contre la femme, doit être ouverte à tous et non pas seulement au mari outragé. Il y en a une raison spéciale, c'est que le mari devait, comme nous l'avons vu, répudier, sous peine d'atimie, sa femme coupable. Pour assurer l'exécution de cette loi, il fallait bien que l'exercice de l'action d'adultère fût permis à tout citoyen,

μοιχός. οὐκ ἐξ͂ κοσμεῖσθαι οὐδὲ εἰς τὰ δημοτελῆ ἱερὰ εἰσιέναι, ἵνα μὴ τὰς ἀναμαρτήτους τῶν γυναικῶν ἀναμιγνυμένη διαφθείρῃ.... ἀτιμῶν τὴν τοιαύτην γυναῖκα καὶ τὸν βίον ἀβίωτον αὐτῇ παρασκευάζων. Cf Démosthène, *C. Neæram*, §§ 85 et s.— V. Hruza, II, p. 78, note 17 ; Lelyveld, *De infamia*, p. 270 ; Becker, *Chariklès*, t. 3, p. 325.

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 406. Cf. Humbert et Caillemer, *loc. cit.*

(2) Lucien, *Bis accus.*, 31.

(3) Achille Tatius, VIII, 8.

(4) V. en ce sens : Platner, *Process*, t. 2, p. 209 ; Thonissen, p. 317.

sinon le mari aurait pu continuer à vivre avec sa femme malgré l'indignité de celle-ci [1].

Quant au mari, son adultère ne comporte aucune sanction pénale, si ce n'est dans le cas où il l'a commis avec une femme mariée; il peut alors être poursuivi comme complice de celle-ci. On a prétendu, en ce qui concerne la sanction civile de l'adultère du mari, que la femme peut s'en prévaloir pour fonder une demande en divorce. Mais nous verrons qu'il n'en est ainsi que dans le cas où l'épouse outragée est une femme épiclère, et encore lorsque l'adultère du mari revêt un caractère particulièrement injurieux, de nature à constituer une κάκωσις et à donner ouverture à la δίκη κακώσεως, action réservée, comme nous l'établirons ultérieurement, à la femme épiclère [2].

§ 2. — *Rapports pécuniaires des époux.*

I. — Notions générales.

Le règlement des droits respectifs des époux quant à leurs biens varie naturellement, dans les différentes législations, suivant le caractère même qu'y revêt le mariage, et il est plus ou moins favorable aux intérêts de la femme selon que celle-ci est plus ou moins dépendante de l'autorité maritale. Dans les sociétés où la femme est sous l'autorité sou-

(1) V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I. sect. V et VI.

(2) En dehors d'Athènes, l'adultère était réprimé plus ou moins sévèrement suivant les législations. D'après les lois de Zaleucus, chez les Locriens, les coupables d'adultère auraient eu les yeux crevés (Elien, *Var. Hist.*, XIII, 14; Heyne, *Opusc. academ.*, II, p. 39). Charondas, à Thurium, livrait les deux complices à l'insulte et à la risée du peuple (Plutarque, π. πολυπρ. c. 8 ; Diodore de Sicile, XII, 12). A Lepreum, les deux coupables étaient frappés d'atimie perpétuelle, le séducteur était garrotté et traîné pendant trois jours à travers la ville, et la femme devait s'asseoir pendant onze jours sur le marché, couverte seulement

veraine de son mari, le régime matrimonial est établi avant tout dans l'intérêt du mari. Par contre, là où la situation de la femme est celle d'une compagne puisant, dans des rapports voisins de l'égalité, des droits à faire valoir et à conserver, la loi donne à l'épouse des garanties et la considère comme l'associée du mari. Sous l'influence de ces idées, trois grands systèmes se sont successivement produits dans la jurisprudence. Le premier, le système primitif, est celui où le mari dote sa femme, soit que cette dot représente, comme dans les temps héroïques, le prix d'achat de la femme, soit qu'elle devienne le douaire, qui n'est qu'un dérivé de l'achat, revêtu seulement d'un nom plus honorable et d'un caractère plus doux [1]. Le second système est celui où la dot de la femme lui est constituée par ses parents, ou, à défaut de ceux-ci, est constituée par la femme elle-même héritière. Ce système suppose déjà une certaine émancipation de la femme : celle-ci, contribuant par son apport à soutenir les charges du ménage, peut acquérir une certaine influence grâce à cette mise de fonds, et la loi ou la convention prennent des sûretés contre le mari pour sauvegarder cet apport. Enfin, dans le troisième système, qui apparaît le dernier dans l'histoire du droit, non seulement la femme possède une dot qui ne lui vient pas de son mari, mais il existe entre les deux époux une communauté ou

d'un vêtement très léger (Héraclide de Pont, 14). A Cymé et en Pysidie, les adultères étaient contraints à faire une promenade sur un âne (Plutarque, *Quæst. græc.*, 2). A Ténédos, les deux complices étaient mis à mort (Aristote, fr. 593, Rose (Et. Bys. v° Τένεδος). La loi de Gortyne établit pour l'adultère un tarif de compositions, variant suivant les cas. Le coupable pris sur le fait pouvait être retenu par la famille offensée ; sa propre famille (ou son maître, s'il s'agissait d'un esclave) était mise en demeure de le racheter dans les cinq jours, faute de quoi la famille offensée pouvait faire de lui ce qu'elle voulait (Loi de Gortyne, II. 2-16. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 101 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 453). A Sparte, l'adultère paraît avoir été permis dans certains cas (Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 307, 308 ; Humbert et Caillemer, *loc. cit.*)

(1) Cf. Kœnigswarter, *Revue de législation*, 1849, p. 145 ; Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, p. IX.

société de biens dont les bénéfices, comme les pertes, se répartissent entre le mari et la femme lors de la dissolution du mariage.

Ce dernier système est celui qui réalise le plus complètement les idées d'association sur lesquelles les nations civilisées font reposer le mariage. Mais il suppose entre le mari et la femme une union intime, une communion de sentiments et d'idées, qui ne se rencontraient que tout-à-fait exceptionnellement dans les sociétés antiques où la femme apparaît plutôt comme la sujette que comme la compagne de son mari. Aussi, même à Rome, où cependant les jurisconsultes définissent le mariage *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* [1], le régime de la communauté n'a-t-il jamais été pratiqué. Sans doute, certains économistes ou philosophes, tels que Columelle [2], portent aux nues un ménage où tout est confondu, où aucun des époux ne peut dire qu'une chose lui appartienne sans qu'elle n'appartienne à l'autre. Mais cette peinture est un idéal qui ne s'est jamais réalisé à Rome, où le seul régime usité fut le régime dotal, régime de séparation où, quand la femme travaille, ce n'est pas pour elle, mais pour son mari.

A plus forte raison le régime de communauté devait-il être étranger au droit grec, au droit attique notamment, qui, à certains égards, place la femme athénienne dans une situation inférieure à celle de la femme romaine. Certains esprits d'élite comme Xénophon et Plutarque ont, il est vrai, vanté la supériorité du régime de communauté qu'ils considéraient comme le régime idéal. Ainsi, dit Plutarque, « dans l'union des deux sexes, chacun fournit également à la nature des principes qu'elle mêle et confond ensemble, et ce qui en résulte étant commun aux deux, nul ne peut connaître

(1) L. 1, D. *De rita nupt.*, XXIII, 2.

(2) Dans sa préface du livre XII, *De re rustica*, où il trace les devoirs de la *Villica*.

ni discerner ce qui est à lui ou ce qui est à l'autre. Il doit en être de même dans le mariage par rapport aux biens. Il faut que le mari et la femme mettent en commun, sans distinction, tout ce qu'ils possèdent et qu'il n'y ait rien de particulier pour aucun d'eux [1]. » De même dans ce dialogue entre Ischomaque et sa jeune épouse, et où le mari témoigne d'un si grand bon sens et d'une bienveillance si attentive, Xénophon [2] fait, en des termes semblables, l'éloge d'une sorte de communauté universelle entre les époux. Néanmoins on ne rencontre pas dans le droit attique, ni même, d'une manière générale, dans le droit grec [3], de trace du régime de communauté, ou du moins ce régime n'a dû être pratiqué que d'une manière si exceptionnelle qu'il ne nous en est pas parvenu d'exemple [4].

Si nous faisons abstraction des temps héroïques où, comme nous l'avons vu en étudiant la formation du mariage, le mari achète sa femme [5], le seul régime matrimonial pratiqué à Athènes, c'est le régime dotal, analogue, dans ses grands traits, à celui qui a été en usage dans la Rome classique [6], et qui de là a passé chez les nations méridionales où il ne semble pas près de disparaître.

(1) *Conjug. præc.*, 201, p. 140.

(2) *Economique*, VII, 13 et s.

(3) V. toutefois Lewy, p. 40 et s. — A Gortyne, les patrimoines des deux époux sont bien associés en fait pendant le mariage, mais sans être confondus. Si les fruits de ces deux patrimoines servent indifféremment à l'entretien du ménage, les capitaux restent distincts. Quant aux acquêts, ceux qui proviennent de l'industrie du mari s'ajoutent à ses propres; ceux de la femme, notamment les étoffes qu'elle a tissées, suivent une destination différente selon l'époque et le mode de liquidation des patrimoines. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 455-456.

(4) Van den Es, p. 38 ; Hermann-Blümner, p. 265 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 518, 519.

(5) V. *supra*, p. 114 et s.

(6) Le régime dotal du droit romain est-il une imitation de la dot athénienne, ou n'est-il pas, au contraire, une combinaison naturellement sortie de circonstances analogues ? La première opinion, bien qu'on puisse la fonder sur le rapport qui existe entre le mot latin *dos* et la langue grecque (Cf. Festus, v° *Dos* ; Varron, *De lingua latina*, v° *Dos*) doit, selon nous, être écartée, et

C'est une question assez délicate que celle de savoir comment s'est opérée la transition du système héroïque, où la femme est achetée par le mari, au système de la dot, dans le sens moderne de ce mot. On a supposé, non sans raison, suivant nous, que la coutume de la dot a pris naissance dans l'abandon fait par le père à sa fille de la somme payée par le gendre pour l'épouser. Aux ἔδνα ainsi restitués par lui [1], le père de famille ajoute ensuite quelques biens pris sur son propre patrimoine [2] et la dot se trouve alors constituée [3].

Des considérations diverses ont d'ailleurs contribué à généraliser l'usage de la dotation des filles. Ainsi d'abord on conçoit qu'à l'époque héroïque [4], où l'on pratiquait surtout la vie pastorale, à la campagne, l'entretien d'un ménage n'ait point occasionné au père de famille de bien grandes dépenses, et qu'il ait pu y subvenir avec les revenus de son seul patrimoine. Mais plus tard, avec le développement des villes et du luxe que comporte cette trans-

cela, par une raison décisive. C'est que, dans le droit attique, le mari, comme nous le verrons, n'est pas propriétaire de la dot, tandis que, dans le droit romain, tout ce qui est constitué en dot devient la propriété du mari. A mesure toutefois que le droit romain s'écarte de sa rigueur primitive et qu'il arrive à des notions plus équitables, on peut admettre l'influence des mœurs grecques sur cette partie de la jurisprudence comme sur d'autres où elle s'est exercée incontestablement. Cf. en ce sens : Troplong, *loc. cit.* p. XLVI et s.

(1) C'est probablement à cause de cette restitution que le même mot ἔδνα est employé dans Homère pour désigner non seulement les biens donnés par le mari aux parents de sa femme comme une sorte de prix d'achat, mais encore les présents faits par les parents à leur fille à l'occasion de ses noces. V. *supra*, p. 113.

(2) Cf. Homère, *Il.* IX, 147 : τάων ἥν ἐθέλῃσι φίλην ἀνάεδνον ἀγέσθω
πρὸς οἶκον Πηλῆος· ἐγὼ δ' ἐπὶ μείλια δώσω
πολλά κτλ.

(3) Cauvet, p. 153 ; Hermann-Blümner, p. 262 ; Lewy, p. 32 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Dos*, p. 388.

(4) Les poètes grecs et latins représentent quelquefois la dot apportée par la femme comme une condition des mariages de l'âge héroïque. Ainsi, dans la *Médée* d'Euripide (acte 2, scène 2), Médée, déplorant les misères de son sexe, dit que les femmes sont les plus malheureuses de toutes les créatures, qu'elles sont obligées d'acheter leurs maris à grand prix, χρημάτων ὑπερβολῇ, et qu'elles

formation, les besoins augmentent et un homme prudent ne s'engagera plus dans les liens du mariage sans exiger que sa femme contribue pour sa part, dans une certaine mesure, aux charges du ménage [1] c'est-à-dire sans exiger de dot [2].

L'usage des dots procéda aussi d'un sentiment de justice que blessait une inégalité trop flagrante entre les fils admis à l'hérédité paternelle et les filles qui en étaient exclues. Pour compenser cette infériorité de la fille au point de vue héréditaire, le père de famille constituait à sa fille une dot qui n'était en quelque sorte qu'un avancement d'hoirie mais qui, à la différence de ce qui a lieu dans nombre de législations modernes, notamment dans le code civil français, était la seule part de ses biens à laquelle sa fille pût prétendre [3].

Aussi, au temps d'Euripide et, d'une manière générale, à l'époque historique, n'y a-t-il plus de mariage sans dot [4]. L'usage des dots devait même s'être généralisé dès avant Solon, ainsi qu'on peut le conclure d'une loi attribuée à ce législateur et ainsi rapportée par Plutarque : « Solon, dit-

paient ainsi celui qui les réduit en esclavage. Virgile nous montre de même Didon offrant à Enée l'empire des Tyriens : dotales tuæ Tyrios promittere dextræ (liv. 4, v. 104). Enfin, dans Ovide, Hypsipyle, écrivant à Jason, lui dit : dos tibi Lemnos erit. Ce ne sont là pourtant, à notre avis, que des cas exceptionnels, à supposer qu'on puisse les tenir pour vrais.

(1) Cf. Hruza, I, p. 24.

(2) On a prétendu (Nitzsch, *Comm. sur l'Odyssée*, 1re part. p. 51) que l'usage des dots est né dans un temps où les hommes ne l'emportaient pas en nombre sur les femmes, et où, par conséquent, cet appât n'était pas inutile pour déterminer leur préférence. Mais, comme le dit Schœmann (trad. Galuski, t. 1, p. 625) si cette observation était vraie, il faudrait en conclure que, dans les temps homériques il y avait beaucoup plus d'hommes que de femmes et que celles-ci étaient une marchandise rare à laquelle il fallait mettre le prix. Or, il n'y a aucune raison de supposer que la proportion des sexes ait varié avec le temps.

(3) Cf. Dareste, *Plaidoyers civils*, I, p. XXXII et 152 ; Hermann-Thalheim, p. 66 ; Cauvet, p. 152 ; Schœmann-Galuski, I, p. 625 ; Ciccotti, p. 27 ; Mitteis, p. 236.

(4) Caillemer *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 388.

il, proscrivit les dots (τὰς φερνάς) dans les mariages ordinaires, et disposa que les femmes ne pourraient apporter à leurs maris que trois robes et quelques meubles de peu de valeur, rien de plus [1]. » La raison de cette prohibition est, d'après Plutarque, que Solon voulut que le mariage fût moins un objet de trafic et de lucre qu'une société intime entre le mari et la femme, société n'ayant pour but que d'avoir des enfants et de goûter ensemble les douceurs d'une tendresse mutuelle. Cette défense paraît cependant inconciliable avec les nombreux exemples qui nous sont parvenus de constitutions de dot assez considérables au IV[e] et au V[e] siècle. Aussi a-t-on proposé de restreindre la prohibition de Solon au trousseau de la femme [2]. Mais cette interprétation ne peut guère elle-même se concilier avec le but de la loi en question, et qui n'aurait certainement pas été atteint, si les restrictions n'avaient porté que sur le trousseau [3]. Quelle que soit d'ailleurs la portée de la loi en question, il est certain que des lois postérieures en avaient aboli les prescriptions, ou bien que la coutume avait introduit des règles absolument opposées, car, à l'époque des orateurs, la dot était devenue de droit commun à Athènes. Tel devait être, en effet, le sort d'une loi manifestement contraire à l'intérêt public non moins qu'à l'intérêt privé [4]. L'entretien de la famille, l'éducation et l'établissement des enfants, et, d'une manière générale, toutes les charges du ménage

(1) V. *Solon*, c. 20. L'authenticité de cette loi peut paraître douteuse quand on la rapproche d'une autre loi, également attribuée à Solon, et qui impose au plus proche parent de l'épiclère θῆσσα l'obligation de l'épouser ou de la doter. V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. VI. Aussi a-t-on proposé de placer cette dernière loi à une époque plus récente, quand les ravages causés par les guerres persiques avaient réduit à la misère un grand nombre de familles opulentes. Ciccotti, p. 27-28.

(2) Cf. Petit, *Leg. Att.*, VI, 2, p. 548; Bunsen, *De jure her. Ath.*, p. 43; Gans, *Erbrecht*, I, p. 302; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 57, note 2; Gide, *Condition de la femme*, p. 84.

(3) Caillemer, *loc. cit.*

(4) Cf. Troplong, *loc. cit.* p. XXVIII; Barilleau, p. 148; Cauvet, p. 152.

auxquelles la dot a pour but de pourvoir devaient nécessairement amener à Athènes, comme ailleurs, le développement rapide de cette institution.

L'usage des dots peut, il est vrai, offrir des inconvénients au point de vue politique, surtout dans un état démocratique et égalitaire comme la République athénienne. Il porte atteinte à l'égalité sociale et peut aboutir à une concentration des fortunes entre les mains d'un petit nombre de privilégiés. Il peut, d'autre part, ébranler la suprématie que l'ancien droit grec reconnaît au mari sur sa femme, car le mari est évidemment plus maître de celle-ci quand elle n'a rien apporté que lorsqu'elle s'est constitué une riche dot. Aussi le philosophe Platon, dans la république idéale qu'il veut fonder, condamne-t-il le principe des dots [1]. Il est interdit d'en donner comme d'en recevoir. On peut seulement donner ou recevoir un trousseau d'une valeur de cinquante drachmes à deux mines suivant les classes. Tout ce qui sera donné ou reçu en plus sera confisqué au profit de la déesse Héra et de Zeus, et une amende d'égale valeur sera perçue au profit du trésor public.

Les conseils de Platon n'ont pas cependant prévalu dans les mœurs athéniennes, pas plus que la prohibition de Solon dans le droit attique, et, à l'époque des orateurs, c'était un usage constant que celui de doter les femmes, et qui présentait même, sinon au point de vue légal, du moins au point de vue moral, un caractère obligatoire. Les nombreuses inscriptions hypothécaires trouvées sur le territoire de l'Attique sont une preuve nouvelle de cette pratique générale des dots dans le droit athénien. Elle coïncide, du reste, avec une amélioration dans la condition de la femme, car la dot est ordinairement une garantie d'égalité entre les époux. Elle présenta enfin un avantage spécial à l'époque où les

(1) *Leges*, VI, 366. Les femmes, dit-il, seront moins insolentes et les maris moins esclaves et moins rampants devant elles.

divorcès se multiplièrent d'une façon inquiétante, en ce sens que, par suite de l'obligation où il était de restituer la dot en cas de divorce, le mari, à défaut d'autres considérations, était souvent retenu par son intérêt dans l'exercice de son droit illimité de répudiation [1].

Comme il n'y avait guère de mariage sans dot, celle-ci était considérée comme le signe servant à distinguer l'union légitime du concubinat, la γυνή de la παλλακή. C'est ainsi que, dans le plaidoyer pour l'héritage de Pyrrhus [2], l'orateur voulant établir que la mère de Philé n'a pas contracté un mariage légitime, attache à son défaut de dot une importance capitale et en tire, sinon une preuve irréfragable, du moins une très forte présomption contre l'existence de ce mariage allégué par son adversaire [3].

On a prétendu, néanmoins, que la dot n'était point spéciale au mariage, et certains auteurs, même sans aller jusqu'à la théorie du concubinat légitime ni assimiler le concubinat au mariage, ont prétendu que les concubines pouvaient être dotées [4]. Mais cette manière de voir repose sur une interprétation manifestement inexacte du texte d'Isée dont nous avons déjà parlé en étudiant la question du concubinat légitime [5], et où il est dit de ceux qui donnent τὰς ἑαυτῶν ἐπὶ παλλακίᾳ qu'ils ont soin de faire une convention περὶ των δοθησομένων ταῖς παλλακαῖς. Cette convention, en effet, n'a nullement pour objet la constitution d'une dot par celui qui a la puissance sur la femme ainsi donnée à titre de pallaque, mais la promesse par celui qui la reçoit de fournir certaines prestations immédiates ou à venir au profit de la

(1) Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 23, 36, 39; Démosthène, *C. Eubul.*, § 43. Cf. Hruza, I, p. 24.
(2) Isée, *loc. cit.* §§ 8, 23, 35, 39. V. *supra*, Concubinat, p. 96. V. aussi Démosthène, *adv. Bœot.* II.
(3) Cf. Gide, p. 84 ; Barilleau, p. 149.
(4) Hermann, *Privatalterth.*, § 29, 5 ; Forbiger, *Hellas und Rom*, I, p. 14.
(5) V. *supra*, p. 91.

pallaque. De même l'ἔκδοσις qui, d'après Gide [1] serait la dot de la concubine, ne lui est point donnée par ses parents mais par son amant. C'est ainsi que l'ἔκδοσις de la fille de Nééra, Phano, qui a vécu en concubinage avec Epœnétos, n'est nullement fournie par les représentants de Phano : c'est Epœnétos qui la paie en échange des faveurs de la jeune fille [2]. Quant à la dot de Plangon, dont il est question dans le second discours de Démosthène contre Bœotos, si les juges admettent son existence, ce qui sera fort douteux en raison des circonstances de la cause, ce sera une dot de femme légitime et non point une dot de concubine, car, ainsi que nous l'avons précédemment démontré [3], Plangon était bien l'épouse légitime de Mantias. On peut donc, pour conclure, appliquer au droit attique la règle qu'Ulpien posait pour le droit romain : « Neque dos sine matrimonio esse potest : ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est » [4].

Si la dot est la condition presque nécessaire du mariage et si elle joue ordinairement un rôle décisif dans sa preuve, elle n'est point cependant essentielle à la validité de l'union conjugale. Une fille peut très bien se marier sans recevoir de dot, et on l'appelle alors ἄπροικος γυνή par opposition à la femme dotée, qui est nommée ἐπίπροικος [5]. C'est ainsi que dans le plaidoyer sur la succession de Ménéclès, l'adversaire de l'orateur nie l'apport d'une dot pour la sœur de Ménéclès sans cependant mettre en doute l'existence de son mariage [6]. De même, dans le second plaidoyer contre Bœotos, celui-ci prétend que la mère de Mantithée était ἄπροικος;

(1) Cité, *supra*, p. 83.
(2) V. Démosthène, *in Neæram*, §§ 69-71.
(3) V. *supra*, p. 49 et s.
(4) L. 3, D. *De jur. dot.*, XXIII, 3. Cf. en ce sens : Caillemer, *loc. cit.* p. 393-394 ; Barilleau, p. 149 ; Ciccotti, p. 29. V. toutefois, Desjardins, *loc. cit.* p. 606.
(5) Pollux, III, 35 ; Harpocration, v° ἐπίκληρος.
(6) Isée, *De Menecl. her.*, § 5.

et néanmoins il est certain qu'elle était l'épouse légitime de Mantias [1]. Lysias nous apprend également, dans son plaidoyer sur les biens d'Aristophane [2], que des jeunes filles de très bonne famille pouvaient se marier sans dot [3]. La preuve en est encore dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus. Lorsqu'en effet l'orateur a établi que la mère de Philé n'a pas reçu de dot, il ne se contente pas de ce seul argument et il en développe d'autres pour prouver qu'elle n'a pas été unie à Pyrrhus en légitime mariage. Si enfin il n'avait pu y avoir de mariage sans dot, les unions contractées entre personnes de la dernière classe, celles des Thètes, n'auraient pu le plus souvent donner naissance qu'à des enfants illégitime, ce qui est manifestement inadmissible. Mais, en définitive, les mariages sans dot étaient, en fait, extrêmement rares, ainsi que le prouvent précisément les discours précédemment cités et où les orateurs concluent à l'inexistence du mariage en se fondant sur le défaut de dot. Elles étaient, au surplus, vues d'un œil peu favorable par l'opinion [4].

La dot présente, dans le droit attique, le caractère d'une substitution plutôt que celui d'une donation. Si, en effet, une des raisons principales de la dot est de subvenir aux charges du ménage, une autre idée de la dot est que celle-ci doit, autant que possible, parvenir intégralement aux enfants issus du mariage, la fille n'étant pour ainsi dire qu'un intermédiaire destiné à transmettre aux petits-enfants le bien de

(1) Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 20.

(2) §§ 14 et 15.

(3) Cf. Schœmann, sur Isée, p. 233 ; Platner, *Process*, t. 2, p. 260-261 ; Desjardins, p. 606 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 514 ; Caillemer, *loc. cit.* p. 388 ; Ciccotti, p. 27. — *Contra* Gans, *Erbrecht*, I, p. 302, qui affirme à tort qu'à Athènes il ne pouvait y avoir de mariage sans dot.

(4) C'est ce que prouvent les vers suivants de Plaute (*Trinummus*, III, 2, v. 667 et s.) où il fait parler ainsi Lesbonique :

Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves,
Sed ut inops infamis ne sim, ne mihi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse, magis quam in matrimonium.

l'aïeul maternel. C'est ce qui résulte de l'ensemble des règles qui gouvernent la dot soit pendant, soit après le mariage. Pendant le mariage, le mari, simple usufruitier de la dot, comme nous l'établirons, ne peut l'aliéner. Quant à la femme, son droit de propriété n'existe guère que dans ses rapports avec son mari, et, en tout cas, il s'évanouit au jour de la dissolution du mariage. De deux choses l'une, en effet, ou la veuve n'a pas d'enfants, et alors la dot revient au constituant comme si elle n'avait été pour lui qu'un moyen de subvenir aux dépenses du jeune ménage. Ou bien la veuve a des enfants, et alors si elle reste avec eux dans le domicile conjugal, parti qu'elle prend ordinairement, elle perd la propriété de sa dot au profit de ses enfants, ceux-ci ayant seulement la charge de subvenir à tous les besoins de leur mère [1]. Il y a donc, en définitive, dans la constitution de dot, quelque chose d'analogue à nos substitutions fidéicommissaires, et ce caractère de la dot n'a rien qui surprenne si l'on songe aux idées qui prévalaient dans le droit attique sur l'incapacité de la femme [2].

La dot est désignée indifféremment à Athènes par les mots προίξ et φερνή. On a voulu cependant attribuer une signification différente à chacune de ces deux expressions. Ainsi, dans une opinion, le mot προίξ désignerait la dot proprement dite, les biens que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, tandis que le mot φερνή ne s'appliquerait, au moins à l'origine, qu'au trousseau de la mariée. On invoque en ce sens la loi précitée de Solon qui a prohibé les dots (τὰς φερνάς) et a limité l'apport des femmes à trois robes et à quelques meubles, loi qui, dit-on, serait inconciliable avec tous les exemples connus, si on

(1) V. *infra*.

(2) Cf. Guiraud, p. 248; Gide, p. 83. — Il n'y a point toutefois identité complète avec ces substitutions, du moins dans l'opinion que nous admettons, et d'après laquelle les biens dotaux sont aliénables pendant le mariage par la femme assistée de son kyrios. V. *infra*.

n'appliquait pas l'expression φερνή au trousseau de la femme [1]. Dans une autre opinion, on propose d'appliquer le mot φερνή à l'apport fait par la femme à son mari et de réserver le mot προίξ pour les biens que le père de la femme ou d'autres personnes lui donnent à l'occasion de son mariage afin qu'elle les remette ensuite à son mari [2]. Mais ces différentes interprétations nous paraissent également arbitraires et contraires aux textes. Ainsi d'abord celle que l'on fonde sur la loi de Solon méconnaît complètement le but de cette loi qui, comme nous l'avons précédemment observé [3], aurait été complètement manqué si on avait restreint la prohibition au trousseau. La preuve d'ailleurs que le mot φερνή employé par Plutarque n'a point le sens exclusif qu'on lui attribue, c'est que Platon, lorsqu'il édicte pour sa cité modèle une défense analogue à celle qui est attribuée à Solon, donne le nom de προίξ à la valeur de cinquante drachmes à deux mines que la femme est autorisée à recevoir pour ses vêtements, ἐσθῆτος χάριν [4]. Platon se sert ainsi du mot προίξ dans la même hypothèse où Solon, d'après Plutarque, aurait employé le mot φερνή, ce qui montre bien la synonimie des deux expressions. Les grammairiens grecs ne font, en outre, aucune différence entre les mots προίξ et φερνή et les présentent comme synonimes [5]. Il n'y a donc pas lieu, suivant nous, d'attacher à chacune de ces expressions un sens spécial. Nous observerons seulement que le mot προίξ est plus usité que le mot φερνή [6].

(1) Grotius, *De Græcorum historia*, III, p. 140, n. 3; Hermann, *Privatalterth.*, § 30. — Cf. Petit, *Leg. att.*, VI, 2, p. 548; Bunsen, *De jure her.*, p. 43; Gans, *Erbrecht*, I, p. 302; Lallier, p. 21, note 2.

(2) Westermann, *ad Plut.*, Solon, c. 20.

(3) V. *suprà*, p. 250.

(4) Platon, *Leg.* VI, p. 774 d.

(5) Pollux, III, 35; Photius, v° φερνή; Etymol. magn., p. 790, 51. — Cf. Hésychius, v° δῶττις.

(6) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 30; Caillemer, *loc. cit.*, p. 388; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 513; Gœll, *Griech. Privatalterth.*, p. 125; Hermann-Blümner, p. 263; Ciccotti, p. 36.

La matière de la dot est une de celles où nous possédons les documents les plus nombreux. Ainsi d'abord Platon [1] et Aristote [2] ont étudié cette institution aux points de vue philosophique, politique et économique. Plutarque [3] nous a transmis d'autre part quelques indications historiques et le sentiment des deux plus illustres législateurs grecs à ce sujet. Les discours des orateurs, notamment les plaidoyers d'Isée et de Démosthène nous fournissent également des renseignements très précieux sur l'usage des dots, et même, dans quelques-uns de ces plaidoyers, les questions dotales jouent un rôle très important [4]. Les poètes renferment aussi des allusions fréquentes à l'institution de la dot [5]. Enfin les indications fournies par les écrivains ont été vérifiées et complétées par divers documents épigraphiques très intéressants [6]. Par suite, bien qu'il reste encore sur la dot un assez grand nombre de questions obscures, la matière est cependant une de celles où, par exception, le droit attique présente une théorie à peu près complète [7].

L'institution de la dot n'est point spéciale au droit attique et elle paraît avoir été admise dans tout le droit grec. Ainsi l'usage des dots était en vigueur dans les différentes îles de l'Archipel, comme le prouvent le registre des constitutions de dot de Myconos [8], celui de Ténos [9] et les inscrip-

(1) *Leges*, liv. VI. — Cf. Dareste, *La science du droit*, p. 61.

(2) *Politique*, liv. II, ch. 6, § 11.

(3) *Solon*, c. 20. *Apopth. Lacon. Lycurg.*, 15.

(4) V. notamment les plaidoyers d'Isée pour l'héritage de Ménéclès et pour l'héritage de Pyrrhus, et, pour les plaidoyers de Démosthène, les deux premiers discours contre Aphobos, les deux discours contre Onétor, le deuxième discours contre Bœotos et le discours contre Spoudias.

(5) V. les textes cités par Barilleau, p. 145, note 4.

(6) V. l'énumération des inscriptions relatives à la dot *in* Barilleau, *loc. cit.*

(7) Nos éminents collègues Caillemer et Barilleau ont publié, l'un sur la *Restitution de dot à Athènes* (cinquième étude), l'autre sur la *Constitution de dot dans l'ancienne Grèce*, des études remarquables qui, le plus souvent, nous serviront de guide dans les développements qui suivent.

(8) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s.

(9) *Corp. inscr. gr.*, II, 2338 b.

tions hypothécaires d'Amorgos [1]. La loi de Gortyne renferme des dispositions assez nombreuses en ce qui concerne la dot [2]. Une inscription éphésienne du premier siècle avant notre ère [3] montre également que l'institution de la dot était pratiquée en Asie-Mineure. Elle l'était pareillement en Macédoine [4].

A Sparte, au dire de Justin, les dots auraient été originairement interdites par Lycurgue : *virgines sine dote nubere jussit, ut uxores eligerentur, non pecuniæ* [5]. Tout au plus les jeunes filles spartiates pouvaient-elles recevoir un trousseau. Mais cette règle rigoureuse cessa peu à peu d'être observée. Au trousseau s'ajoutèrent des dons en argent, et lorsque la loi d'Epitadeus eut autorisé la libre disposition des fonds de terre, les pères de famille propriétaires de plusieurs domaines les employèrent à doter leurs filles. Aussi Aristote [6] nous apprend-il que de son temps les femmes possédaient les deux cinquièmes des terres, soit en vertu d'attributions héréditaires, soit à cause des dots considérables qui leur étaient données, διὰ τὸ προῖκας διδόναι μεγάλας. Et comme les pères opulents cherchaient naturellement des gendres qui ne le fussent pas moins, cet usage avait favorisé la concentration d'immenses fortunes foncières dans les mêmes mains [7].

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 108 et s.
(2) IV, 131-51 ; V, 1-9 ; VI, 9-25. — V. *infra*.
(3) V. Dareste, *Nouvelle Revue historique du droit*, 1877, p. 134 et s.
(4) V. Plutarque, *Conj. præc.* 24 et *Reg. apopht.*, Alexandre, 6.
(5) Justin, *Hist.*, liv. III, 3. — Cf. Plutarque, *Apopht. lacon.*, 15.
(6) *Politique*, 2, § 1.
(7) Cf. Plutarque, *Agis*, 4 et 7 ; *Cleomenes*, 1 ; *Lysander*, 30. — V. Schœmann-Galuski, I, p. 306 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 394.

II. — De la constitution de dot.

§ 1. — *Quelles personnes constituent la dot.*

Le principe est que la dot est constituée par le kyrios de la fiancée : que celle-ci soit fille, femme divorcée ou veuve, elle est donnée en mariage par son kyrios [1] et c'est lui qui, en même temps qu'il procède à l'engyésis, constitue la dot, soit qu'il la fournisse lui-même sur ses propres biens, soit que la future possède déjà une fortune personnelle [2]. La constitution de dot est ainsi en étroite corrélation avec le droit de *desponsatio* [3].

Si d'abord la nouvelle épouse possède des biens personnels, hypothèse extrêmement rare, si l'on fait abstraction des cas où il s'agit d'une fille épiclère, rien ne s'oppose à ce que ces biens lui soient constitués en dot. Mais la femme athénienne n'ayant pas le droit de disposer de son patrimoine, si ce n'est pour une valeur insignifiante, la constitution de ces biens en dot ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du kyrios : on peut même supposer que, par exception au principe d'après lequel la femme figure en personne dans les actes juridiques où elle est intéressée, le kyrios se bornant à *præstare auctoritatem*, la femme n'intervient point dans cette constitution de dot. Cet acte est, en effet, le complément ordinaire de l'engyésis et il a lieu en même temps. Or si l'engyésis, comme nous l'avons vu, se passe exclusivement entre le tuteur et le mari, il y a tout lieu de croire que la femme ne figurait pas davantage

(1) V. *supra*, p. 120 et s.

(2) Dareste, Haussoulier, Reinach, p. 54; Dareste, *Plaidoyers civils*, I, p. XXXII; Barilleau, p. 152-153.

(3) B. W. Leist, p. 75.

dans le contrat accessoire de constitution de dot, même lorsque celle-ci comprenait des biens propres à la femme.

Lorsque la femme est ἐπίκληρος, c'est-à-dire lorsque la succession paternelle lui est échue à défaut d'enfants mâles, cette succession est généralement considérée comme formant sa dot [1]. Mais c'est là, à notre avis, une manière de parler inexacte. L'épiclère, en effet, n'est considérée, dans le droit attique, que comme un moyen de transmettre la fortune et le nom de son père aux enfants à naître de son mariage, qui doivent continuer le culte domestique de leur aïeul. La succession paternelle est, dès lors, dévolue à l'épiclère en vertu d'idées bien différentes de celles qui président à la constitution de dot. D'un autre côté, en cas de dot véritable, les enfants n'ont droit, en principe, à la dot maternelle qu'au décès de leur mère. S'il s'agit, au contraire, d'une épiclère, les enfants issus de son mariage peuvent réclamer les biens de leur aïeul lorsqu'ils ont atteint leur majorité. Soit au point de vue théorique, soit au point de vue pratique, il y a donc une différence essentielle entre les biens attribués à l'épiclère et ceux qui sont constitués en dot à une fille ordinaire [2].

En laissant de côté les cas exceptionnels où la femme a des biens personnels et ceux où elle est épiclère, et en nous plaçant dans l'hypothèse habituelle où la femme se trouve sans fortune personnelle, soit que son père vive encore, soit que des enfants mâles l'aient exclue de la succession paternelle, il peut y avoir constitution de dot à son profit par des personnes parentes ou étrangères à la femme. Celle-ci est alors appelée ἐπίπροικος par opposition à la fille héritière, ἐπίκληρος et aussi à la fille sans dot, ἄπροικος [3].

(1) Van den Es, p. 47; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 388-389.
(2) V. *supra*, p. 254.
(3) Cf. Ciccotti, p. 35-36.

Le principe est que toute personne capable de disposer peut constituer une dot à la femme [1]. Mais ordinairement la dot est fournie par les membres de la famille suivant un ordre dont nous allons parler. Les rapports du constituant et de l'épouse varient même, dans une opinion très accréditée, suivant le degré de parenté.

Celui qui apparaît en première ligne comme constituant la dot est le père de la femme. Tant que celle-ci n'est pas mariée et que le père est vivant, elle reste soumise à l'autorité de ce dernier. Le mariage même, comme nous le démontrerons ultérieurement, ne fait point disparaître la qualité de kyrios du père. Celui-ci, choisissant lui-même l'époux, promet en même temps et fournit la dot. C'est le cas dont il est le plus fréquemment question soit dans les inscriptions [2], soit dans les plaidoyers des orateurs [3].

Si, du vivant de son père, la fille n'est pas encore en âge d'être mariée, elle peut être établie et dotée par testament [4]. Le père peut aussi, comme nous le verrons en étudiant la théorie de l'adoption, lorsqu'il n'a pas de descendant mâle, léguer à la fois sa fille et sa fortune à quelque citoyen de son choix [5]. Mais, ni dans ce cas, ni dans le précédent, lorsqu'il y a lieu de procéder à l'enregistrement de la constitution dot, comme c'était l'usage à Myconos, le père ne peut figurer sur le registre. Aux yeux de la loi, le

(1) Barilleau, p. 152; Caillemer, *loc. cit.*, p. 389.

(2) V. notamment les inscriptions de Myconos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s.) et l'inscription de Ténos (*Corp. inscr. gr.*, II, 2338 b.).

(3) V. Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 6; *Adv. Spoud.*, §§ 3 et 4; *Adv. Steph.*, II, § 18. Isée, *De Cir. her.*, § 8.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 54; Barilleau, p. 153. — Ces auteurs citent à cette occasion l'exemple de la fille de Démosthène (Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5; II, § 16; III, § 43). Mais cet exemple n'est pas décisif car l'engyésis et la constitution de dot avaient eu lieu plutôt, selon nous, du vivant du père de Démosthène. V. *supra*, p. 129. — Dareste, Haussoulier et Reinach citent, avec plus de raison, les dispositions testamentaires d'Aristote en faveur de sa fille: Diogène Laërce, V, 1, 12.

(5) V. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 68; *De Aristarchi her.*, § 13.

constituant ne peut être que celui qui a remplacé le père dans la tutelle de la fille, le kyrios actuel ; c'est celui-ci qui la marie et qui porte à l'enregistrement la convention dotale [1].

Lorsque le père dote ainsi sa fille, soit par acte entre-vifs, soit par disposition de dernière volonté, est-il légalement obligé de le faire, ou bien n'est-il tenu à cet égard que d'une simple obligation morale ? Barilleau [2], sans affirmer que le père fût tenu de doter sa fille, et tout en reconnaissant qu'il n'existe aucun texte d'où l'on puisse tirer une décision certaine, penche toutefois pour admettre le caractère obligatoire de la dot, et il en donne les raisons suivantes. D'abord, dit-il, il existait une loi de Solon aux termes de laquelle l'archonte devait, après la mort du père, contraindre les plus proches parents à doter l'orpheline. Or on ne comprendrait pas que ces personnes fussent tenues d'une manière plus étroite que le père lui-même. Lorsque l'archonte contraignait ainsi le fils du défunt à établir sa sœur, il ne pouvait guère réclamer autre chose que l'obligation contractée par le de cujus et transmise à ses successeurs avec toutes les autres obligations héréditaires. L'auteur précité prétend, d'autre part, trouver dans les plaidoyers des orateurs la preuve du caractère obligatoire de la dot. Il argumente d'abord du deuxième plaidoyer de Démosthène contre Bœotos [3], où Mantithée, quand il veut établir que sa mère a apporté une dot en épousant Mantias, commence par rappeler qu'elle est la fille d'un citoyen riche et honorable, comme s'il existait une relation nécessaire entre l'idée de paternité et celle de dot. De même, dans le plaidoyer d'Isée pour l'héritage de Ciron [4], le demandeur, alléguant que la succession est considérable, se

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 54.
(2) P. 153, 154.
(3) §§ 22, 24.
(4) § 47.

croit obligé d'expliquer comment un citoyen aussi riche que le défunt a donné une dot si modique à sa fille légitime, et il rappelle que les deux fils de Ciron vivaient encore et que le premier mari de la fille de Ciron avait déjà dissipé une première dot. Ces passages, suivant Barilleau, ne se comprennent que si le père est tenu, d'une part, de doter sa fille et, d'autre part, de lui fournir une dot proportionnée à sa fortune. On tire enfin en ce sens un argument d'analogie d'une inscription éphésienne du premier siècle avant notre ère [1] où on lit les mots suivants : ὅσοι δὲ φερνὰς ὀφείλουσι θυγατρίοις ἢ ἀδελφαῖς ταῖς αὐτῶν μεμερικότες ἐκ τῆς πατρῴας οὐσίας κτλ. Barilleau, d'accord avec Dareste [2], applique les mots ὅσοι δὲ φερνὰς ὀφείλουσι θυγατρίοις aux pères qui n'ont pas encore constitué une dot à leurs filles et qui néanmoins en sont tenus par les lois. Que tel soit bien le sens de ce passage, c'est ce que prouvent les mots suivants de la même loi où il est question des frères « tenus de doter leurs sœurs, après partage de la succession paternelle. » La loi suppose donc que ces derniers n'ont pas constitué la dot, et néanmoins ils sont tenus.

Cette argumentation, que nous avons reproduite presque intégralement, pour ne pas en affaiblir la valeur, ne nous paraît nullement décisive. Ainsi d'abord on ne saurait argumenter par analogie de la loi de Solon qui ordonnait aux plus proches parents de doter l'orpheline pauvre. Il s'agit, en effet, dans cette loi, d'une épiclère θῆσσα, appartenant à la dernière classe des citoyens. La loi, par des motifs religieux, et pour prévenir l'extinction d'une famille, ordonne alors au plus proche parent d'épouser ou de doter cette jeune fille sans ressources qui autrement n'aurait pu trouver à se marier et qui n'aurait même eu aucun moyen de

(1) V. Dareste, *Nouvelle Revue historique du droit*, 1877, p. 134 et s., l. 55 et s. Hermann-Thalheim, p. 152 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 30 et s. Wood, *Discoveries at Ephesus*, app. VIII, n° 1; Dittenberger *Sylloge*, n° 344.
(2) *Loc. cit.*

subsistance. Mais il n'y a aucune assimilation à établir entre ce cas et celui de la fille dont le père est encore vivant et qui, si elle ne se marie pas, faute de dot, a du moins un abri assuré dans la maison paternelle. Quant à l'argument tiré des plaidoyers précités de Démosthène et d'Isée il n'est pas plus concluant. La relation établie par les orateurs entre la richesse du père et la dot de la fille n'autorise nullement à dire que le père avait l'obligation légale de doter sa fille : tout ce que l'on peut en conclure, c'est qu'il était moralement tenu de lui fournir une dot. En ce qui concerne l'inscription d'Éphèse, elle se réfère, à notre avis, non point, comme le prétend Barilleau, au cas d'un père tenu de constituer une dot à sa fille, mais au cas d'un père qui, ayant précédemment constitué une dot, ne l'a pas encore payée et reste tenu de la fournir. C'est bien, en effet, ce qui résulte des lignes suivantes où il est question des intérêts stipulés dans le contrat [1] et où le paiement de ces intérêts est réglementé. Or, l'obligation éventuelle de fournir une dot ne peut pas être productive d'intérêts, et le texte ne peut avoir en vue qu'une dot précédemment constituée et dont le payement n'a pas été effectué. C'est également à tort que l'on parle des frères « tenus de doter leurs sœurs après partage de la succession paternelle. » Les mots μεμερικότες ἐκ τῆς πατρῴας οὐσίας ne signifient point simplement « après partage de la succession paternelle. » Ils ont pour objet de restreindre l'obligation des frères au cas où la dot a été constituée avec les biens paternels, tandis que la dot constituée par les frères à leur sœur sur leurs propres biens doit supporter la diminution de valeur occasionnée par la guerre, les frères pouvant alors invoquer le bénéfice de guerre [2].

(1) V. 61 : τοὺς τόκους κατὰ τὰς πράξεις.

(2) Dareste, Haussoullier et Reinach (p. 37), traduisent ainsi le passage en question : « Ceux qui doivent des dots à leurs filles ou à leurs sœurs comme représentant la part de celle-ci dans le patrimoine paternel... » Ces mêmes

Abstraction faite des arguments dont nous venons de démontrer le peu de valeur, il n'existe aucun texte d'où l'on puisse induire le caractère obligatoire de la dot pour le père de famille. La théorie que nous combattons soulève d'ailleurs des objections très sérieuses. Le père de famille est, en effet, le kyrios de sa fille, et, à ce titre, il a tout pouvoir pour disposer de celle-ci, soit en la mariant à un époux de son choix, soit en la retirant à cet époux quand il la lui a donnée, soit enfin en la gardant indéfiniment auprès de lui sans la marier. Or si la dot avait été obligatoire, le père kyrios aurait eu un moyen bien simple d'éluder les prescriptions de la loi en se refusant à procéder au mariage de sa fille. A supposer même qu'il l'eût mariée, il avait un autre moyen d'écarter l'action de son gendre en paiement de la dot, c'était de lui retirer sa fille, ainsi qu'il en avait le droit absolu [1]. A supposer, du reste, que le père fût légalement tenu de doter sa fille, et qu'il pût être actionné en justice de ce chef, il faut reconnaître que son obligation n'était pas très lourde. Nulle part, en effet, il n'est dit que la loi eût fixé une proportion quelconque entre la dot et la fortune paternelle. On voit même, dans le plaidoyer pour l'héritage de Ciron [2], que cette proportion pouvait être tout à fait minime. Il y a de plus, comme nous l'avons dit précédemment, des exemples de filles sans dot, ἄπροικος, bien qu'appartenant à des familles très honorables [3]. En laissant de côté ces cas qui, nous le reconnaissons, sont tout à fait exceptionnels, il n'en demeure pas moins que le père, libre de fixer à sa guise le montant de la dot et de s'acquitter au moyen d'une prestation très minime, ne peut guère être

auteurs entendent, comme nous, par les mots « ceux qui doivent des dots a leurs filles », les pères qui ont promis une dot dans l'acte de fiançailles et ne l'ont pas encore versée.

(1) V. *infra*, l. I, tit. II, chap. I, sect. V.

(2) Isée, *de Cir. her.*, § 47.

(3) V. *supra*, p. 254.

considéré comme véritablement obligé, dans le sens juridique du mot. Il est donc plus rationnel, à notre avis, de conclure qu'à Athènes, comme probablement dans toute la Grèce, on appliquait, dans les rapports du père avec la fille, la maxime moderne « ne dote qui veut [1]. » Le père est seulement tenu de l'obligation morale de doter sa fille, et il y a tout lieu de croire qu'il n'y manque guère, puisque l'existence d'une dot est considérée par les orateurs comme un des signes caractéristiques du mariage [2].

Le père qui a plusieurs filles peut les doter inégalement. Le plaidoyer de Démosthène contre Spoudias roule tout entier sur un cas de ce genre [3].

Si l'on est à peu près d'accord pour reconnaître un caractère facultatif à la dot fournie par le père, par contre, l'opinion générale est que les frères sont tenus légalement de doter leurs sœurs sur les biens paternels par eux recueillis [4]. Ainsi d'abord lorsqu'un père de famille meurt en laissant un fils et des filles sans avoir assigné de dot à celles-ci, le fils, en sa double qualité de kyrios et d'héritier, doit consacrer une partie des biens paternels à doter ses sœurs. La même règle s'applique lorsque le défunt laisse plusieurs fils et des filles : la succession se partage alors entre les seuls enfants mâles, mais sous l'obligation pour ceux-ci de constituer une dot à leurs sœurs. La raison

(1) En Crète, la constitution de dot est également facultative pour le père, ainsi que cela résulte de la loi de Gortyne, IV, 23-31, où l'on voit que, tant que vivent les parents, le partage des biens paternels ne peut être exigé par les enfants. Cf. Ciccotti, p. 33 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 405 ; Bücheler et Zitelmann, p. 116.

(2) Cf. en ce sens, Cauvet, p. 152 ; Desjardins, p. 606 ; Guiraud, p. 240 ; Lewy, p. 33 ; Hermann-Thalheim, p. 76, n. 1 et p. 163 note ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 389 ; Ciccotti, p. 30 et s.

(3) V. Dareste, *Plaidoyers civils*, I, p. 152.

(4) Caillemer, *Succession*, p. 19 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 390 ; Desjardins, p. 606 ; Cauvet, p. 152 ; Barilleau, p. 155 ; Platner, *Process*, p. 262. — Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 55.

de cette différence entre le père et les frères [1] est que ceux-ci, recueillant seuls le patrimoine paternel, il est juste qu'ils en détachent une partie pour aider leurs sœurs à s'établir. On a dit aussi que le père mort, la garantie résultant de l'affection paternelle disparaît avec lui, et, dès lors, des mesures de protection doivent être prises en faveur des sœurs à l'encontre de leurs frères. Le caractère obligatoire de la constitution de dot pour les frères résulte, ajoute-t-on, des nombreux exemples qui nous sont parvenus de frères dotant leurs sœurs. Ainsi Mantithée expose à ses juges, afin de se les rendre favorables, qu'après la mort de son père, il a, malgré l'exiguité de ses ressources, marié ses deux sœurs en leur constituant à chacune une dot de trente mines [2]. Après la mort de leur père Euthrymaque, ses trois fils, Midylidès, Archippos et Archiadès, marient et dotent leur sœur Archidicé [3]. La mère de Mantithée est mariée par ses frères Ménexène et Bathylle qui lui donnent un talent de dot [4]. De même, les deux fils d'Eponymes d'Acharne, après la mort de leur frère, marient leur sœur avec un dot de vingt mines [5]. Le registre des constitutions de dot de Myconos fournit également un exemple d'un frère qui marie sa sœur en lui donnant une dot de 1000 drachmes d'argent avec un trousseau de 500 drachmes [6]. Dans tous les exemples que nous venons de citer on a voulu trouver des cas de dot obligatoire pour les frères.

On ajoute que si la remise d'une dot n'était pas un acte

(1) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, signale une distinction analogue faite par les articles 250 et 251 de la coutume de Normandie, desquels il résulte qu'une fille ne peut rien exiger de son père, tandis qu'elle est autorisée à demander à ses frères une somme suffisante pour un mariage avenant, c'est-à-dire avec une personne de condition égale à la sienne.

(2) Lysias, *Pro Mantitheo*, § 10.

(3) Démosthène, *C. Leoch.*, § 9.

(4) Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 7.

(5) Isée, *De Meneclis her.*, § 3.

(6) § 6. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 53 et 55.

simplement facultatif pour les frères, ceux-ci avaient cependant une certaine latitude dans la détermination de la dot, sans qu'il y eût une proportion déterminée par la loi entre la dot et la fortune que les frères avaient recueillie dans la succession paternelle. Il y avait, il est vrai, en Crète, une loi d'après laquelle la dot des filles devait être de la moitié de la part recueillie par les fils [1]. Mais on ne trouve nulle trace dans le droit attique d'une semblable disposition. Isée [2] dit, sans doute, qu'il y aurait de l'impudence de la part d'un fils adoptif à ne pas payer à la fille de l'adoptant une dot au moins égale à la dixième partie de l'héritage recueilli. Mais on ne saurait en conclure que ce fût là une proportion édictée par la loi [3]. Les frères pouvaient donc donner une dot plus ou moins forte, en s'inspirant uniquement de leur générosité naturelle et de leur affection pour leur sœur. Si toutefois la dot par eux constituée n'était pas suffisante, les frères pouvaient être poursuivis devant les tribunaux, qui avaient sur ce point un pouvoir d'appréciation. L'action intentée à cette occasion était vraisemblablement une εἰσαγγελία; le demandeur devait soutenir qu'il y avait conduite blâmable, κάκωσις, de la part du frère qui ne donnait pas de dot à sa sœur ou n'en fournissait qu'une insuffisante [4].

Nous estimons, contrairement à l'opinion générale, que le frère, pas plus que le père, n'est tenu de l'obligation de doter. Le frère, en effet, à la mort du père, a succédé à la tutelle exercée par celui-ci sur la jeune fille. Or, comme nous l'avons observé à propos de la dot constituée par le père, l'obligation de fournir une dot ne paraît guère compatible avec les pouvoirs si étendus accordés au kyrios, et celui-ci aurait toujours un moyen de se soustraire à cette

(1) Strabon, X, 4, 20.
(2) *De Pyrrhi her.*, § 49.
(3) Platner, *Process*, t. 2, p. 262. — *Contrà* Petit, *Leg. att.*
(4) Platner, *Process*, t. 2, p. 262; Desjardins, p. 606.

obligation en refusant de marier sa pupille. Si cette obligation avait réellement existé, les plaidoyers où sont rapportés un certain nombre d'exemples de dots fournies par des frères auraient certainement fait allusion à l'action qui pouvait à ce sujet être intentée contre le frère récalcitrant. Ces exemples prouvent simplement que c'était l'usage que la sœur reçût une dot de son frère, mais jamais il n'y est question du caractère obligatoire de la dot. Le plaidoyer de Lysias pour Mantithée semble même prouver le contraire. On y voit, en effet, que Mantithée pour gagner la sympathie de ses juges, se vante d'avoir doté ses deux sœurs ; or, l'orateur n'aurait pu évidemment se vanter d'avoir fait ce qui, dans l'opinion que nous combattons, n'aurait été pour lui que l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi. Si d'ailleurs la constitution de dot par le frère avait été une obligation stricte, sanctionnée par la loi, celle-ci aurait déterminé d'avance le montant de la dot et n'aurait point abandonné sa fixation à la générosité plus ou moins grande du frère. Il n'y avait donc, selon nous, pour le frère qu'une obligation morale de doter sa sœur. Mais, en fait, il devait rarement s'y soustraire et il était même engagé par son intérêt à la remplir, car tant que la jeune fille n'était pas mariée, elle restait à sa charge, tandis qu'une fois dotée et mariée, il n'avait plus à l'entretenir [1].

L'obligation légale, ou simplement morale, suivant les systèmes, du frère de doter sa sœur, n'existe pas seulement entre frère et sœur légitime. Elle s'étend également au frère adoptif qui, recueillant la succession du père adoptif à l'exclusion de la fille légitime de ce dernier, est tenu de doter sa sœur, à moins qu'il ne préfère l'épouser [2]. On voit aussi des frères doter les filles naturelles de leur père [3], mais ici,

(1) Cf. en ce sens, Ciccotti, p. 30 et s.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 63. — V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. II.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 49. — La dot constituée par Endius, fils adoptif de Pyrrhus, à une fille naturelle de ce dernier, devait être de 1000 et non de

en tout cas, il ne saurait être question d'une obligation légale [1].

En supposant que le frère soit tenu de doter sa sœur, il a un moyen de se soustraire à cette obligation, c'est de l'épouser. Le mariage est permis, en effet, entre frère et sœur consanguins, et même, dans une opinion [2], entre frères et sœurs germains ou utérins. La dot cependant était la règle et non l'exception. Nulle part il n'est dit, dans les discours des orateurs, que le frère fût invité à épouser sa sœur. Ainsi, Démosthène, dans son discours contre Eubulide [3], énonce simplement le fait que Thoucritidès, père du demandeur, avait épousé sa sœur consanguine. De même, Plutarque [4] se borne à mentionner le fait qu'une des filles de Thémistocle fut épousée par son frère consanguin. C'est seulement Cornelius Nepos [5] qui prétend que Cimon épousa « sororem germanam suam, nomine Elpinicen, non magis amore quam *more ductus.* » Mais il est difficile d'accorder une grande autorité à ce témoignage d'un auteur qui écrivait plusieurs siècles après les évènements dont il écrit l'histoire [6].

A défaut du père et de frères consanguins, la tutelle de la fille est déférée au grand-père paternel [7], qui a alors le droit de donner sa petite-fille en mariage. L'aïeul paternel ne saurait alors, pas plus que le père, être tenu de l'obliga-

trois mille drachmes comme le porte le texte, par une erreur de copie. En effet, l'orateur dit un peu plus loin (§ 51) que cette dot n'équivalait pas même à la dixième partie de la succession de Pyrrhus, qui était de trois talents (§ 49) et 3000 drachmes forment le sixième de trois talents. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 20, note 5.

(1) Barilleau, p. 156. — V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. VII.

(2) V. *supra*, p. 166 et s.

(3) Démosthène, *C. Eubulid.*, § 21.

(4) Plutarque, *Themist.*, § 32.

(5) Cornelius Nepos, *Cimon*, *prœm.*

(6) Cf. en ce sens, Robiou, p. 55.

(7) Démosthène, *In Steph.*, II, § 18. — V. *infra*, liv. I, tit III, chap. III, sect. II.

tion de doter. Il y a même une raison spéciale pour l'en dispenser, c'est que, s'il est kyrios, il n'est plus investi de la puissance paternelle, puisque le mariage de son fils a entraîné l'extinction de cette puissance [1].

Lorsqu'un citoyen meurt laissant une veuve et un fils majeur, la tutelle de la veuve, sans appartenir de plein droit à ce dernier [2], peut lui être déférée par le magistrat. Le fils kyrios de sa mère est alors, dans le cas où celle-ci se remarie, investi du droit de procéder à l'engyésis. Il constitue également la dot, et il peut, en ce cas, ou bien se contenter de remettre à sa mère les valeurs dotales apportées par celle-ci et retrouvées dans la succession paternelle, ou bien lui constituer avec ses biens personnels une nouvelle et plus forte dot. L'inscription de Ténos fournit un exemple d'une dot constituée par un fils au profit de sa mère [3].

La dot est quelquefois constituée par le mari précédent, car celui-ci peut être investi des fonctions de kyrios, en vertu sinon du mariage même, du moins d'un titre spécial, antérieur ou postérieur au mariage [4]. La femme a droit, lors de la dissolution du mariage, à la restitution de sa dot, mais certains maris ne se contentent pas de lui rendre les valeurs dotales qu'ils ont reçues et, pour faciliter à leur épouse redevenue libre un nouveau mariage, ils lui assurent par donation ou par testament une nouvelle dot. C'est ainsi que le père de Démosthène, qui avait reçu de sa femme Cléoboulé une dot de 50 mines seulement, lui constitue en mourant une dot de 80 mines, lorsqu'il la donne en mariage à

(1) Desjardins, p. 606. — *Contra :* B. W. Leist, p. 75. — Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 56, 57, où se trouve indiqué un cas de dot fournie par le grand père.

(2) Tel est du moins notre avis, contrairement à l'opinion générale. V. *infra*, Liv. I, tit. III, chap. III, sect. II.

(3) *Corp. inscr. gr.* II, no 2338 *b*, l. 12 : ὁ δεῖνα ἐπέδωκε τῷ δεινὶ Ἀριστοκράτους Γυραεῖ ἐπὶ Νικησίλῃ τῇ μητρὶ τῇ αὐτοῦ. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 55-56 ; Barilleau, p. 151, 152.

(4) V. *infra*, liv. I, tit. III, chap. III, sect. II.

Aphobos [1]. De même, le banquier Pasion, en donnant par testament sa femme Archippé à son affranchi Phormion, ajoute plusieurs talents à sa dot primitive [2]. Lorsque le mari n'est point le kyrios de sa femme, il ne peut la donner en mariage et il se borne alors à restituer à son kyrios la dot qu'il a reçue. La nouvelle constitution de dot est faite par le kyrios lorsqu'il remarie sa pupille [3].

Si, légalement, la constitution de dot procède toujours du kyrios de la femme, la dot peut être fournie par d'autres parents ou même par des étrangers. Il semble d'abord que l'usage obligeait moralement les parents d'une jeune fille sans ressources (abstraction faite du cas de l'épiclère θῇσσα) à lui fournir une dot, alors même qu'ils n'y étaient point astreints légalement. Aussi Apollodore dit-il que ses filles n'ont pas de dot, et il blâme Phormion, qui est leur plus proche parent, de ne pas faire ce que beaucoup d'autres ont fait en pareil cas, c'est-à-dire de ne pas les doter sur son propre patrimoine [4] [5].

La dot peut même être fournie par une personne qui n'est unie avec la femme par aucun lien de parenté. C'est ainsi que des citoyens riches dotaient quelquefois à leurs frais des filles pauvres étrangères à leur famille par pure générosité ou pour se concilier ainsi la faveur populaire [6]. Epicure, notamment, dans son testament, ordonne à ses héritiers de doter avec ses biens la fille de son ami Métro-

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5 ; II, §§ 16, 19 ; III, § 43.

(2) Démosthène, *In Steph.*, I, § 28. Cf. Barilleau, p. 151 ; Ciccotti, p. 30 ; Desjardins, p. 607.

(3) Cf. Isée, *De Menecl. her.*, § 8. V. toutefois Desjardins, p. 607.

(4) Démosthène, *In Steph.*, I, § 54.— Cf. Desjardins, p. 607, Cauvet, p. 153.

(5) Dareste, *Plaidoyers civils*, II, p. 291, note 17 prétend, en se fondant sur un passage d'Isée (*De Pyrrhi her.*, § 51), qu'en pareil cas le donateur constituait en dot le dixième de sa fortune.

(6) « On trouve, dit Démosthène, des citoyens qui prennent sur leurs propres biens pour doter les filles, je ne dis pas de leurs parents, mais même de leurs amis sans fortune. » *C. Aphob.*, I, § 69. Cf. Cauvet, p. 153.

dore [1]. D'autres motifs d'un ordre moins élevé peuvent faire agir le constituant. Ainsi, pour éviter un procès avec Stéphanos, Epœnetos, amant de la courtisane Néèra, constitue à la fille de celle-ci, Phano, une dot de mille drachmes [2]. On voit aussi Aristote, en prévision du mariage de sa concubine Herpyllis, lui attribuer certains objets par son testament [3].

La dot est enfin fournie, dans certains cas exceptionnels, par la cité elle-même à des orphelines dont les pères ont bien mérité de la patrie. Ces orphelines, adoptées par la cité, sont mariées aux frais de l'Etat, alors même qu'elles ont des frères ou d'autres parents. Ainsi les filles d'Aristide furent mariées par les soins du Prytanée et reçurent chacune une dot de 3000 drachmes. De même, la petite-fille d'Aristogiton reçut en dot de la ville un fond de terre [4].

Lorsqu'un père de famille meurt sans enfants mâles, mais en laissant une ou plusieurs filles, deux hypothèses peuvent se présenter, suivant que le défunt a fait un testament ou qu'il meurt intestat. Dans la première hypothèse, le père de famille peut, comme nous le verrons en étudiant la théorie de l'adoption, instituer un étranger pour son héritier, mais il ne peut le faire qu'en imposant à cet héritier, ou adopté testamentaire, la condition assez singulière d'épouser en même temps sa fille, et les biens héréditaires [5] composent alors, en quelque sorte, la dot de celle-ci. Si le père laisse plusieurs filles, il peut instituer un seul héritier avec l'obligation d'épouser la fille qu'il désigne et de constituer une dot à chacune des autres.

Dans l'hypothèse où le père meurt intestat, sa fille ou ses

(1) Diogène Laërce, X, 10.
(2) Démosthène, *Adv. Neær.*, § 71.
(3) Diogène Laërce, V, 11-16. — Cf. Ciccotti, p. 30 ; Barilleau, p. 152.
(4) Plutarque, *Aristide*, 27. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 54, note 1 ; Ciccotti, p. 29 ; Barilleau, p. 162.
(5) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 68 ; *De Arist. her.*, § 13.

filles, s'il en a plusieurs, recueillent la succession paternelle ; elles sont épiclères et les biens de cette succession peuvent, du moins dans une certaine mesure, être considérés comme formant leur dot. Mais toutes les filles n'ont point ainsi une succession à apporter en dot à leurs maris. L'épiclère sans fortune, θῆσσα, jouit alors, comme nous le verrons, du privilège de forcer le plus proche de ses parents à l'épouser ou à lui constituer une dot, dot dont la détermination a soulevé des difficultés assez grandes [1].

§ 2. — *Quand la dot est constituée.*

Il faut, dans la dot, distinguer deux choses, la libéralité en faveur du mariage et la constitution de dot proprement dite [2]. Ces deux actes se confondent le plus souvent et ils s'accomplissent en même temps quand, ce qui est le cas ordinaire, la libéralité émane de l'auteur même de la constitution de dot. Mais ils peuvent aussi demeurer distincts et mettre en présence des personnes différentes.

La libéralité en faveur du mariage consiste dans une disposition entre-vifs ou de dernière volonté, et elle précède nécessairement le mariage, ou plus exactement l'engyésis lors de laquelle les biens compris dans cette libéralité sont constitués en dot par le kyrios. C'est ainsi qu'Epœnétos donne à Phano, fille de la courtisane Nééra, une somme de 1000 drachmes qui devra lui servir de dot [3]. De même le banquier Pasion lègue à sa femme Archippé des biens assez importants qui lui seront constitués en dot lorsqu'elle se mariera avec Phormion, à qui Pasion la donne par le même testament [4].

(1) V. *infra*, sect. VI, De l'épiclérat.
(2) Barilleau, p. 176.
(3) Démosthène, *In Neæram*, § 71.
(4) Démosthène, *In Stephan.*, I, § 28. Barilleau, p. 176, cite à tort, selon nous,

Quant à la constitution de dot proprement dite qui consiste, comme nous le verrons, dans une formalité d'un caractère tout spécial, elle a lieu en même temps que la dation en mariage, dont elle est un pacte accessoire, mais d'une importance souvent capitale [1]. Nous avons déjà signalé cette corrélation étroite qui existe entre la constitution de dot, προικὸς δόσις et l'engyésis. Elle est attestée par les formules des registres de Myconos et de Ténos [2].

Si la constitution de dot est contemporaine de l'engyésis, et, à notre avis, elle ne saurait la précéder en raison de son caractère de pacte accessoire, elle peut avoir lieu plus ou moins longtemps avant le γάμος, c'est-à-dire avant la célébration ou plus exactement la consommation du mariage. C'est ainsi que le père de Démosthène procède, de son vivant, à l'engyésis de sa femme Cléoboulé avec Aphobos et de sa fille avec Démophon, et il leur constitue en même temps à chacune une dot, et cependant le γάμος ne peut avoir lieu pour Cléoboulé, qu'après la mort de son mari, et pour la sœur de Démosthène qu'après que celle-ci aura atteint sa majorité.

La validité de la constitution de dot est alors subordonnée à l'accomplissement de la condition sous laquelle elle avait été faite tacitement, c'est-à-dire de la consommation du mariage, et, si celle-ci n'a pas lieu, le mari, mis par avance en possession des valeurs dotales, est tenu de les restituer aux ayants-droit. Ainsi Aphobos, ayant épousé une autre

le cas du père de Démosthène qui, dit-il, lègue à sa femme une dot de 80 mines. Il y a là, croyons-nous, une constitution de dot contemporaine de l'engyésis. V. *supra*, p. 129.

(1) Cf. Dion Chrysostome, VII, 80, p. 114 : τῶν πλουσίων ὁποῖά ἐστι τὰ τε ἄλλα καὶ τὰ περὶ τοὺς γάμους, προμνηστριῶν τε πέρι καὶ ἐξετάσεων οὐσιῶν τε καὶ γένους, προικῶν τε καὶ ἕδνων καὶ ὑποσχέσεων καὶ ἀπατῶν, ὁμολογιῶν τε καὶ συγγραφῶν, καὶ τελευταῖον πολλάκις ἐν αὐτοῖς τοῖς γάμοις λοιδοριῶν καὶ ἀπεχθειῶν.

(2) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 52. — V. *supra*, p. 129 et p. 274 note 4.

femme après avoir reçu la dot de Cléoboulé, se trouve obligé de restituer cette dot [1]. Le débiteur de la dot en doit même, en principe, les intérêts à raison de neuf oboles par mine et par mois, ce qui correspond au taux de 18 pour 100. Toutefois, dans le cas précité, où Démosthène était personnellement intéressé, l'orateur compte l'intérêt à une drachme seulement par mine et par mois, c'est-à-dire à 12 pour 100, taux commun de l'intérêt à Athènes. Des stipulations particulières lors de la constitution de dot peuvent d'ailleurs déroger à cette règle. Ainsi lorsqu'il procède à l'engyésis de sa fille avec Démophon, bien qu'elle soit âgée de cinq ans seulement, le père de Démosthène [2] donne à Démophon une dot de deux talents, mais celui-ci en aura la jouissance jusqu'au moment de la consommation du mariage .

Si la constitution de dot est, en principe, contemporaine de l'engyésis, n'est-elle point cependant possible après le mariage, soit que l'on veuille augmenter une dot précédemment constituée, soit que l'on se propose de réparer un oubli plus ou moins volontaire ? Aucun texte ne décide la question et nous serions plutôt porté à la résoudre affirmativement. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne paraît pas, en effet, avoir été connu des législations anciennes ; aussi voyons-nous qu'à Rome la dot peut être constituée non seulement avant le mariage, ce qui est le cas le plus ordinaire, mais encore pendant le mariage [4]. On ne voit pas pourquoi le droit grec aurait été plus rigoureux sur ce point que le droit romain [5]. On doit d'autant moins le supposer qu'à Athènes la dot est susceptible de recevoir pendant le mariage des accroissements

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 4 et s.
(2) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 17.
(3) *Ibid.* § 45. Cf. Hruza, I, p. 46, note 33.
(4) Paul, *Sent.*, II, 216, § 1.
(5) Barilleau, p. 180 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 390.

prévus au contrat. Ainsi on pouvait stipuler qu'en cas de survenance d'enfants la dot serait doublée [1].

Il est probable, d'autre part, que les acquêts de la femme sont dotaux, du moins lorsque la constitution de dot a porté non seulement sur les biens donnés à la femme lors du mariage, mais encore sur ses biens à venir. Ainsi les successions échues à la femme au cours du mariage sont dotales et demeurent la propriété de la femme [2], tout en étant soumises à la jouissance du mari. Les acquêts sont, du reste, assez rares, soit par suite des lois successorales qui consacrent le privilège de masculinité, soit parce qu'on ne devait guère tester en faveur des femmes, soit enfin parce que les moyens d'acquérir entre-vifs leur sont presque interdits par les mœurs [3].

§ 3. — *Des formes de la constitution de dot.*

La constitution de dot, au point de vue de la forme, consiste dans une déclaration contemporaine de l'engyésis et par laquelle le constituant énonce le montant de la dot apportée au mari par la femme et évalue les objets compris dans la constitution [4]. Il n'y a, comme nous le verrons, de biens dotaux et restituables par le mari que ceux qui ont été compris dans cette déclaration.

(1) Plutarque, *Alcibiade*, 8.

(2) Ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos, §§ 6 et 15, Sosithée dit, en parlant de sa femme, qui a recueilli pendant le mariage la succession d'Hagnias, ἐχούσης τὸν κλῆρον, ἔχουσαν τὸν κλῆρον τὸν Ἁγνίου, ce qui signifie qu'elle est propriétaire de cette succession. Cf. Guiraud, p. 244.

(3) Cf. Desjardins, p. 613.

(4) C'est de là qu'est venue l'expression τίμησις ἐν προικί appliquée à la constitution de dot. On emploie aussi à ce sujet les expressions ἐν προικὶ τιμᾶν ou ἐντιμᾶν προικί. Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 35; Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 57 ; *C. Spud.*, § 27. Il faut se garder de confondre l'expression ἐντιμᾶν avec ἀποτιμᾶν. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 516, note 103.

Une simple déclaration verbale suffit pour la validité de la constitution de dot et il n'est besoin d'aucune autre formalité analogue à celles qui étaient usitées dans le droit romain classique, comme la *dictio dotis* ou la *promissio dotis*, pour faire naître le droit du mari. Dégagé sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, de toute idée formaliste, le droit attique a, pour employer le langage des interprètes du droit romain, admis dès l'origine le caractère obligatoire du simple pacte de constitution de dot [1]. Nulle part, en effet, nous ne voyons que la constitution de dot ait été soumise par les Athéniens à une solennité quelconque : elle peut avoir lieu de gré à gré, verbalement et sans témoins. Cette absence de solennité n'a rien de surprenant si l'on songe que l'engyésis elle-même, dont la constitution de dot n'est en quelque sorte qu'un pacte adjoint, ne requiert pour sa validité que l'échange des consentements, les témoins y figurant, ainsi qu'on peut le supposer, plutôt *ad probationem* que *ad solemnitatem* [2].

Un acte de l'importance de la constitution de dot ne pouvait guère cependant se passer sans témoins. Des difficultés pouvaient, en effet, survenir ultérieurement, soit à la dissolution du mariage à l'occasion de la restitution de la

(1) Barilleau (p. 177) examinant la question de savoir comment était transférée la propriété lorsque la dot comprenait des corps certains, meubles ou immeubles s'exprime ainsi : « On ne voit nulle part en Grèce, pas plus qu'à Athènes, des modes solennels d'acquisition analogues aux modes du droit romain, tels que la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*. La tradition, παράδοσις, existait sans doute, mais dépourvue de toute qualité translative, et comme un simple moyen d'exécution des obligations, de même que la délivrance dans la vente. La propriété était transmise en Grèce, comme chez nous, par le seul effet du consentement et sans l'intervention d'aucun mode solennel. » La question de translation de propriété ne se pose pas dans les rapports du constituant avec le mari si, comme nous l'admettons, le mari ne devient pas propriétaire des objets constitués en dot. Mais elle peut se poser dans les rapports du constituant avec la femme, si celle-ci est dotée avec les biens personnels du constituant. Sur la translation de la propriété, v. *infra*, liv. II, tit. II, chap. IX, sect. III et IV.

(2) V. *supra*, p. 140. — Cf. Barilleau, p. 177 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 390.

dot [1], soit même pendant le mariage, au moment du partage de la succession du constituant à laquelle la fille dotée était tenue de rapporter ce qu'elle avait reçu [2]. Ces difficultés pouvaient porter soit sur le fait même de la constitution, soit sur la consistance des biens dotaux, soit enfin sur l'exécution des conventions dotales, c'est-à-dire sur la remise au mari des valeurs comprises dans la dot. Les parties avaient donc un grand intérêt à se ménager des moyens de preuve pour établir leurs droits en cas de contestation : ces preuves consistaient soit dans des témoignages, soit dans des écrits.

Ainsi d'abord il était d'usage d'appeler à la constitution de dot les personnes, parentes ou amies, qui assistaient à l'engyésis [3]. Ces deux actes se jouant simultanément, ces mêmes personnes, après avoir entendu l'échange des consentements relativement à la dation de la jeune fille, devaient naturellement assister à toutes les stipulations concernant la dot, entendre les promesses du constituant, l'énonciation du montant de la dot et l'évaluation des objets dotaux. Ces témoins pouvaient également constater la remise, en tout ou en partie, des valeurs dotales au mari. Aussi Démosthène [4] nous dit-il que, dans une affaire de ce genre, on n'agit jamais sans témoins. Mais, en droit, leur concours n'est point indispensable pour la validité du contrat, et leur absence expose seulement les parties à des difficultés de preuve en cas de contestation sur les points que nous avons signalés [5].

Une autre catégorie de personnes qui peuvent être appe-

(1) V. à ce sujet le second plaidoyer de Démosthène contre Bœotos.

(2) V. le discours de Démosthène contre Spoudias et l'argument de Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 152.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 29 ; Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 19; *In Spud.*, § 6.

(4) *Adv. Onet.*, I, § 21.

(5) A Gortyne, la loi (V, 52 s.) exige pour la constitution de dot la présence d'au moins trois témoins majeurs et libres.

lées à témoigner relativement à la constitution de dot, ce sont les esclaves qui servaient les maîtres lors du mariage ou qui ont transporté les valeurs dotales ou le trousseau de la mariée [1]. La déposition des esclaves soumis à la torture constitue même, aux yeux des orateurs, un moyen d'instruction supérieur aux autres [2] [3].

Pour obvier aux incertitudes de la preuve testimoniale les parties pouvaient, par surcroît de précautions, joindre à la déclaration verbale un écrit relatant les différentes conventions dotales ou leur exécution. On ne trouve point de trace, il est vrai, dans le droit attique, de semblables écrits, et c'est toujours au témoignage que recourent les orateurs pour faire preuve dans les contestations concernant les dots. Mais ailleurs, à Myconos et à Ténos [4], on a retrouvé gravés sur la pierre des actes servant à fixer les diverses clauses de la constitution de dot. Or il y a lieu de supposer que, même si la rédaction d'un écrit n'était point à Athènes une obligation légale, les habitants de l'Attique ne devaient pas, en fait, se montrer moins prévoyants dans la rédaction des contrats de mariage de leurs filles que les Ioniens, leurs frères, de Myconos [5].

Le registre des constitutions de dot de Myconos montre avec quelle précision l'acte en question devait être rédigé [6]. On y rencontre d'abord les noms des parties, consti-

(1) Cf. Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 23.

(2) Cf. Isée, *De Cir. her.*, § 12; Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 37. — Cf. Barilleau, p. 183.

(3) La déposition des parties elles-mêmes peut avoir une grande valeur lorsqu'elle est corroborée par un serment solennel. Ainsi, dans le troisième plaidoyer de Démosthène contre Aphobos (§ 33), la mère de l'orateur se déclare prête à jurer sur la tête de ses deux enfants que la dot a été reçue par Aphobos.

(4) V. les inscriptions de Myconos et de Ténos *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s., 64 et s.

(5) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* V. toutefois Van den Es, p. 7.

(6) Voici un exemple de ces inscriptions, § 4 : « Callixénos a marié sa fille Timécraté à Rhodoclès et lui a constitué une dot de 700 drachmes, sur laquelle un trousseau de 300. Rhodoclès reconnaît avoir reçu le trousseau et 100 drach-

tuant, future épouse et mari [1]. Viennent en second lieu les indications relatives aux objets constitués en dot, chiffre total de la dot, valeur spéciale du trousseau, désignation détaillée des meubles, immeubles ou esclaves compris dans la dot [2]. A côté de ces mentions, qui sont en quelque sorte substantielles, on insérait aussi les diverses clauses accessoires convenues par les parties, comme, par exemple, l'hypothèque consentie par le constituant au mari pour sûreté de sa créance, ou, à l'inverse, l'hypothèque consentie par le mari pour garantir la restitution de la dot en cas de divorce ou de décès. L'écrit peut également contenir la déclaration du mari qu'il a reçu tout ou partie de la dot promise. On peut enfin y insérer les modalités dont le constituant affecte sa libéralité, comme une clause de retour en cas de décès de la femme sans postérité, ou une réserve d'usufruit sa vie durant [3].

Parmi les formalités de la constitution de dot nous devons enfin mentionner la publicité donnée aux conventions dotales et destinée à les porter à la connaissance des tiers. Dans un certain nombre de villes grecques les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels étaient soumis à une sorte de publicité qui rappelle plus ou moins le régime moderne de la transcription hypothécaire. La constitution de dot pouvant, comme la vente, aboutir à un dépla-

mes. Pour les 300 qui restent, Callixénos a hypothéqué à Rhodoclès sa maison sise dans la ville et touchant la maison de Ctésidémos, fils de Chærélas » (Trad. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 51).

(1) V. Barilleau, p. 177.

(2) A Athènes, l'indication des objets donnés en dot n'avait pas toujours une précision suffisante. Ainsi le banquier Pasion ayant, par son testament, donné en dot divers objets à Archippé, avait ajouté ces mots : « Et tout ce qui lui appartient dans la maison ; je donne tout cela à Archippé. » L'orateur critique les termes vagues de cette disposition et se plaint qu'ils lui enlèvent la faculté de faire aucune recherche sur la consistance des biens laissés. Démosthène, *In Stephan.*, I, § 28. — Cf. Barilleau, p. 178.

(3) Barilleau, p. 178, 179 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 57 et s.

cement de propriété, soit du constituant au mari, si l'on admet que celui-ci devient propriétaire des biens dotaux, soit du constituant à la femme, si l'on décide que celle-ci conserve la propriété de ces mêmes biens, on avait dû soumettre les constitutions de dot translatives de propriété au même régime de publicité que les ventes. Aucun document ne nous est parvenu à ce sujet pour le territoire de l'Attique, mais nous possédons, pour Myconos, l'intéressante inscription dont nous avons parlé. Elle constitue un véritable registre des constitutions de dot, où celles-ci sont inscrites régulièrement les unes à la suite des autres [1]. La pierre sur laquelle elles étaient gravées devait être placée soit dans un temple, sous la garde du dieu, soit dans un autre lieu public, à la portée des intéressés [2]. Les hypothèques consenties par le constituant ou par le mari à l'occasion de la constitution de dot, devaient, en outre, être soumises à la publicité usitée pour toutes les autres hypothèques [3]. Ainsi, à Athènes, elles étaient constatées par des stèles ou ὅροι révélant au public les charges qui grevaient la propriété sur laquelle elles étaient plantées [4].

§ 4. — *Des biens constitués en dot.*

Le principe est qu'il n'y a de biens dotaux que ceux compris dans la déclaration, accompagnée d'une estimation, qui est faite par le constituant et acceptée par le mari au moment de l'engyésis. Ce principe est formulé expressément

(1) A Myconos, le registre des constitutions de dot sert en même temps à constater les droits de l'époux et à garantir ceux de la femme. A Athènes, où il n'existe pas de semblable registre, c'est au moyen d'inscriptions hypothécaires qu'on arrive à ce résultat. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 121 et 133.

(2) Barilleau, p. 184 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 61.

(3) Barilleau, p. 185.

(4) V. sur les inscriptions hypothécaires dotales : Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 133 et s.

par Isée dans les termes suivants : « ἐὰν τίς τι ἀτίμητον [1] δῷ ἕνεκα τοῦ γάμου, ἐὰν ἀπολίπῃ ἡ γυνὴ τὸν ἄνδρα ἢ ἐὰν ὁ ἀνὴρ ἐκπέμψῃ τὴν γυναῖκα, οὐκ ἔξεστι πράξασθαι τῷ δόντι ὃ μὴ ἐν προικὶ τιμήσας ἔδωκεν [2]. » Les biens spécifiés dans la déclaration sont donc seuls considérés comme dotaux et c'est de ces biens seulement que la femme peut exiger la restitution lors de la dissolution du mariage. Quant aux autres, même s'ils ont été donnés à la femme à l'occasion de son mariage, ils sont exclus de la dot; le mari n'est pas tenu de les restituer, ou, en d'autres termes, il en devient propriétaire [3]. Aussi lorsque Ménéclès, divorçant avec sa femme, lui restitue des bijoux qui n'ont pas été compris dans la déclaration dotale, l'orateur ne manque pas de citer ce fait pour témoigner des dispositions bienveillantes dans lesquelles Ménéclès se séparait de son épouse [4].

La règle posée par Isée en termes si nets sur les conséquences du défaut d'estimation semble ne laisser aucune place dans le droit attique à l'existence de cette catégorie de biens que l'on rencontre aujourd'hui dans les pays de régime dotal, qui était déjà connue dans le droit romain et que l'on nomme les biens paraphernaux, biens qui, à la différence des biens dotaux, sont soustraits à la jouissance et à l'administration du mari. On a néanmoins prétendu que la femme athénienne peut avoir, à côté de ses biens dotaux, des paraphernaux dont elle conserve tout à la fois la propriété, la jouissance et l'administration, et sur lesquels elle

(1) Cette expression doit s'entendre, ainsi que cela résulte d'ailleurs de la suite du texte, des biens non estimés, non compris dans la τίμησις ἐν προικί, et non de ceux pour lesquels le constituant ne s'est point fait donner une sûreté par le mari. Platner, *Process*, II, p. 263.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 35.—Cf. Démosthène, *C. Mnesib.*, § 57 et *C. Spud.*, § 27.

(3) Van den Es, p. 39 ; Gide, p. 84 ; Platner, *loc. cit.* ; Hermann-Thalheim, p. 76, note 6; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 516 ; Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 11 et *in* Daremberg et Saglio, vo *Dos*, p. 389; Barilleau, p. 166 ; Ciccotti, p. 39.

(4) Isée, *De Menecl. her.*, § 9.

peut contracter des obligations valables, du moins dans la mesure de la capacité restreinte qui lui est reconnue par la loi, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur d'un médimne de blé [1]. Pour ces biens paraphernaux, la femme en restant toujours saisie, il ne saurait être question de restitution lors de la dissolution du mariage [2].

Cette théorie n'a guère d'autre fondement qu'une loi romaine [3] où le jurisconsulte Ulpien dit que le *peculium* de la femme romaine correspond à ce que les Grecs nomment παράφερνα. Le principe de la paraphernalité étant admis, on voit alors des biens paraphernaux d'abord dans les biens appartenant ou donnés à la femme qui n'ont pas été constitués en dot, μὴ ἐν τῇ προικὶ τετιμήμενα. L'attribution au mari, conformément au texte d'Isée, des biens non constitués en dot, ne serait donc point aussi étendue qu'on le dit généralement, et elle devrait être limitée aux donations proprement dites faites en faveur du mariage ἕνεκα τοῦ γάμου, donations qui sont assez importantes pour procurer au mari des ressources applicables à l'entretien du ménage. C'est à ces donations seulement qu'est applicable la règle formulée par Isée. Une autre catégorie de paraphernaux comprend, dit-on, les petites libéralités nommées ἀνακαλυπτήρια, διαπαρθένια ou ἐπαύλια et que la femme reçoit de son mari, de son père ou de ses parents à l'occasion de son mariage. « Est-il raisonnable, dit Caillemer, de supposer que le mari, en donnant à la femme les διαπαρθένια qui correspondent au *pretium virginitatis* du droit germanique, restait propriétaire des objets donnés ? Tous ces biens devaient être en dehors de la dot, ἐξώπροικα, en ce sens non seulement que la femme

(1) Isée, *De Aristarchi her.*, § 10.

(2) Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 10 et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* Cf. Barilleau, p. 175.

(3) L. 9, § 3, D. *De jure dotium*, XXIII, 3 : « Si res dentur in ea quæ Græci παράφερνα (præter dotem illata) dicunt, quæque Galli peculium appellant, videamus an efficiuntur mariti. »

en était propriétaire, mais encore qu'elle les administrait et qu'elle en jouissait. Qu'il y eût un peu d'indécision sur l'étendue des droits de la femme, à raison de l'incapacité dont elle était frappée, nous l'admettons sans peine. Mais Ulpien nous dit qu'il en était de même à Rome à l'égard des παράφερνα, encore bien qu'il fût certain que le mari n'en devenait pas définitivement propriétaire [1]. »

Nous croyons plutôt que le régime matrimonial du droit attique ne comporte pas l'existence de biens paraphernaux, ou que du moins les biens de cette sorte étaient tellement insignifiants qu'il n'y a pas lieu de s'en préoccuper. Aucun document ne parle, en effet, des biens paraphernaux. Or, si ces biens avaient eu l'importance qu'on leur prête, les orateurs qui parlent très souvent de la dot proprement dite, des biens dotaux, auraient certainement fait quelques allusions au pécule de la femme, aux παράφερνα. Nous n'avons à ce sujet d'autre témoignage que celui du jurisconsulte romain Ulpien. Ce témoignage n'est nullement décisif, car à l'époque où écrivait Ulpien l'usage du pécule, qui suppose une certaine émancipation de la femme, pouvait très bien être pratiqué dans les pays de langue grecque qui faisaient partie de l'empire romain, et il pouvait même y avoir été emprunté au droit romain. Mais que la paraphernalité ait été déjà connue et admise dans le droit athénien à l'époque classique, rien ne le démontre, et on ne trouve même dans le langage des écrivains ni dans les inscriptions aucun terme qui se réfère à une catégorie de biens non dotaux et appartenant à la femme en propriété et en jouissance. L'existence de paraphernaux sur lesquels la femme aurait eu des droits aussi étendus se concilie, du reste, bien difficilement avec l'état de dépendance et d'incapacité dans lequel se trouve la femme mariée à Athènes. On ne voit pas non plus, étant donnée l'incapacité de dispo-

(1) *In* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*

ser qui frappe la femme mariée, l'intérêt que celle-ci aurait eu à posséder des biens non dotaux. Dans tous les cas, l'intérêt de la femme est sauvegardé puisque, comme nous le démontrerons, le mari ne devient point propriétaire, en principe, des biens constitués en dot. L'opinion que nous combattons a le tort de limiter aux donations faites par des tiers en faveur du mariage la règle posée si nettement par Isée et qui exclut la répétition de tout ce qui est donné, sans être accompagné d'une τίμησις, à l'occasion du mariage. La règle qui attribue ainsi au mari tous les biens non constitués en dot n'est point, au surplus, aussi exorbitante qu'elle le paraît au premier abord. La τίμησις, c'est-à-dire pour employer une expression moderne, l'état estimatif des biens constitués en dot est, en effet, la garantie du mari débiteur de la dot, et il est naturel de supposer qu'un bien possédé par le mari et qui n'a pas été compris dans cette estimation n'appartient pas à la femme mais au mari. Un résultat aussi désavantageux pour la femme que celui qui découle de la règle d'Isée peut également se produire sous certains régimes matrimoniaux admis par le droit moderne, et nul ne songe à le trouver étrange. Les paraphernaux de la femme athénienne ne peuvent donc être des biens qui n'ont pas été constitués en dot, μὴ ἐν τῇ προικὶ τετιμήμενα, car ces biens sont présumés la propriété du mari.

Faut-il voir des biens paraphernaux dans les petites libéralités faites à la femme à l'occasion du mariage ? La question, qui n'offre plus un bien grand intérêt, est tout au moins douteuse. Il est tout naturel de reconnaître à la femme la jouissance de ces objets, puisqu'ils sont ordinairement à son usage personnel. Mais en est-elle propriétaire ? C'est ce dont on peut douter, quand on voit qu'un des plaidoyers attribués à Lysias, περὶ τῶν ἀνακαλυπτηρίων, portait précisément sur la question de savoir si la femme est

propriétaire des ἀνακαλυπτήρια [1]. L'incertitude est d'autant plus permise que l'on voit Ménéclès restituer à sa femme à titre purement gracieux tous les objets propres à celle-ci, τὰ ἱμάτια καὶ τὰ χρυσίδια, et parmi lesquels devaient se trouver vraisemblablement des présents de l'espèce de ceux dont nous nous occupons.

Notre conclusion est donc qu'il n'y a pas, dans le droit attique, à se préoccuper du régime des biens paraphernaux et que, s'il existe des biens de ce genre, ils ont trop peu d'importance pour attirer l'attention du jurisconsulte [2] [3].

Pour en revenir aux biens qui peuvent être constitués en dot, la règle est que le constituant a toute liberté soit quant à la quantité, soit quant à la nature. Ainsi d'abord il n'est lié par aucune loi prohibitive. La défense de Solon, à supposer qu'elle ait eu pour objet la dot proprement dite et non pas seulement le trousseau, était tombée en désuétude à l'époque des orateurs, et aucune loi n'est venue ensuite, comme à Marseille [4] ou à Gortyne [5], fixer un maximum pour la valeur des biens constitués en dot. Il n'y a, à l'inverse, aucun minimum de fixé [6], si ce n'est pour le cas de l'épiclère θῆσσα [7].

(1) Εἰ τὰ δοθέντα ἀνακαλυπτήρια γυναικὶ γαμουμένῃ βεβαίως ἔχειν αὐτὴν δεῖ: Theon, *Progymnasmata*, 8, p. 165.

(2) Cf. en ce sens Hermann-Thalheim, p. 76, note 6.

(3) La loi de Gortyne ne connaît pas non plus la distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux, et elle les soumet tous au même régime. Bücheler et Zitelmann, p. 115.

(4) La loi massaliote, qui nous est connue par Strabon, IV, 1, 5 *in f.* portait : ἡ γὰρ μεγίστη προὶξ αὐτοῖς ἐστιν ἑκατὸν χρυσοῖ καὶ εἰς ἐσθῆτα πέντε καὶ πέντε εἰς χρυσοῦν κόσμον, πλέον δ' οὐκ ἔξεστι.

(5) D'après la loi de Gortyne (IV, 48 et s.), la jeune fille peut recevoir à titre de dot et en avancement d'hoirie la part à laquelle elle a droit dans la succession *ab intestat*, mais pas davantage. C'est là d'ailleurs une disposition nouvelle, car la loi maintient les dots antérieurement constituées, quel qu'en ait été le chiffre. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 116 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 464, 465.

(6) D'après la loi de Gortyne, le maximum fixé pour la constitution de dot paraît être en même temps un minimum. Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.* La constitution de dot paraît cependant facultative pour le père. Dareste, Haussoulier et Reinach, *loc. cit.*

(7) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 54. — V. *infra*, sect. VI, De l'épiclérat.

Le montant des biens donnés en dot dépend donc uniquement de la générosité et de l'affection du constituant. Dans le cas où celui-ci est le père de la jeune fille, il n'y a aucune proportion nécessaire entre sa fortune ou la part héréditaire de la femme et le chiffre de la dot [1]. Aussi le taux des dots, qui nous est signalé par les orateurs à l'occasion des procès relatifs à la constitution ou à la restitution de dots, varie-t-il considérablement suivant les cas. Ainsi le père de Démosthène, dont la fortune s'élevait environ à quatorze talents, et qui laissait un fils et une fille donna à celle-ci une dot de deux talents, ce qui était un chiffre assez élevé [2]. La mère du grand orateur apporta à son premier mari une dot de cinquante mines, et au second une dot de quatre-vingts mines [3]. La dot de la sœur d'Onétor est d'un talent seulement, bien que la fortune de celui-ci, qui était l'auteur de la constitution de dot, dépassât trente talents [4]. On pourrait aisément multiplier les exemples [5]. Nous ajouterons seulement que le chiffre le plus fort que l'on ait signalé pour Athènes, est celui de dix talents, dot reçue par la femme d'Alcibiade [6]. Nous observerons aussi que, au témoignage d'Isée [7], une jeune fille qui avait seulement une dot de vingt mines trouvait difficilement à se marier. Aussi le poète Ménandre est-il plein d'indignation contre ces prétendants qui, sans prendre aucun souci de la beauté, des

(1) Hermann-Thalheim, p. 76, note 4.
(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5.
(3) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 4 et 5.
(4) Démosthène, *C. Onetor.*, I, §§ 10 et 20.
(5) V. Démosthène, *C. Bœotum*, II, § 20 ; *C. Spudiam*, § 3 ; Lysias, *C. Diogit.*, § 6. Cf. sur le chiffre des dots, Bœckh, I, p. 606 ; Van den Es, p. 40.
(6) Plutarque, *Alcibiade*, 8.
(7) Isée, *De Hagn. her.*, § 40.

vertus ou des ancêtres de leur future épouse, n'ont qu'une seule préoccupation, celle de la dot [1] [2].

A défaut de la loi, l'usage et les convenances avaient dû introduire certaines règles en ce qui concerne la fixation du chiffre des dots. Ainsi la fortune du fiancé devait naturellement influer sur le montant de la dot [3]. D'autre part, quand la dot était fournie par un frère adoptif, il eût paru très inconvenant qu'en mariant sa sœur le constituant ne lui donnât pas au moins la dixième partie du patrimoine dont il avait hérité [4].

Le constituant a également toute liberté relativement à la nature des biens constitués en dot, et toutes les choses étant dans le commerce, meubles ou immeubles, peuvent être l'objet de la constitution dotale [5].

Le plus souvent la dot consiste en une somme d'argent [6]. Mais certains effets mobiliers sont fréquemment compris dans la constitution de dot. Ainsi les parents de la femme lui fournissent ordinairement un trousseau, ἐσθής, qui figure dans les apports dotaux. L'inscription de Myconos montre combien cette clause était fréquente [7]. Les plai-

(1) « On porte, dit-il, la dot au changeur, pour que l'essayeur voie si les écus sont de bon aloi, ces écus qui, dans cinq mois ne seront plus à la maison. Quant à celle qui, pendant toute sa vie, restera assise au foyer domestique, on ne la soumet à aucune épreuve ; on la prend au hasard ; elle peut être ignorante, paisible, babillarde ; qu'importe ? » *Fragments*, éd. Grotius, p. 230.

(2) A Myconos, la plus grosse dot que mentionne l'inscription précitée, atteint 14000 drachmes ; une autre monte à 10000, et six varient entre 3500 et 700 drachmes. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s.

(3) Isée, *De Hagn. her.*, § 40. Cf. Hermann-Thalheim, p. 76, note 4.

(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 51.

(5) Barilleau, p. 162 ; Ciccotti, p. 36 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, p. 389.

(6) Ciccotti, p. 37 ; Guiraud, p. 242 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 515.

(7) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et s. §§ 1, 4, 6. Si dans d'autres cas (§§ 2, 3, 5, 7, 8) le registre de Myconos ne parle pas de trousseau, cela ne veut pas dire qu'il n'en ait pas été fourni. Mais, comme l'observent les auteurs précités, l'estimation du trousseau n'a pas à figurer dans un acte public comme

doyers des orateurs mentionnent également à diverses reprises l'existence du trousseau. Ainsi, dans la dot que fournit Polyeucte en mariant sa fille à Léocrate, et qui comprend une valeur de quarante mines, les joyaux et habits de la femme sont comptés pour mille drachmes [1].

Outre le trousseau, la femme peut apporter dans la maison conjugale des meubles destinés à son usage personnel, ou des servantes esclaves affectées à son service particulier [2]. Tous les effets mobiliers ainsi apportés par la femme doivent, pour conserver leur caractère de biens dotaux, être spécifiés dans la déclaration dotale, sinon le mari n'est pas tenu de les restituer [3]. Cet inventaire est ordinairement suivi d'une estimation dout nous aurons ultérieurement à déterminer les effets.

La constitution de dot peut enfin comprendre des immeubles. Mais ce cas est beaucoup plus rare et on comprend qu'à l'origine surtout la fille n'ait pas reçu d'immeubles de son père, car la constitution de dot avait été admise principalement comme une compensation de l'exclusion dont la fille était frappée dans la succession paternelle et pour éviter autant que possible le démembrement du patrimoine foncier de la famille. Aussi, même à l'époque des orateurs, les Athéniens se décidaient-ils difficilement à donner des immeubles en dot à leurs filles [4]. Si ce mode de constitution

le registre de Myconos, quand le constituant n'est plus le débiteur de l'époux ; elle y figure, au contraire, quand la totalité de la dot n'a pas été versée, parce que le prix du trousseau est à déduire de la somme restée due.

(1) Démosthène, *C. Spud.*, § 27. Cf. Isée, *De Menec. her.*, § 9.

(2) Ainsi, dans l'inscription de Myconos, § 8, on voit Hermoxène apporter en dot à Hiéronide deux esclaves. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 51.

(3) V. *supra*, p. 282 et s.

(4) C'est ce qui résulte notamment du premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor (§ 11), où l'on voit que Timocrate et Onétor, bien que possesseurs d'une grande fortune, mais n'ayant pas d'argent disponible, préfèrent promettre une dot en argent, sauf à en différer le payement, plutôt que de constituer en dot des immeubles.

de dot est assez rare relativement [1], on rencontre néanmoins quelques exemples où figurent dans la dot non seulement des maisons mais même des biens fonciers. Ainsi, dans la dot considérable constituée par le banquier Pasion à sa femme Archippé, est comprise une exploitation rurale de la valeur de cent mines [2]. Pareillement encore, au témoignage de Plutarque [3], la descendante d'Aristogiton, mariée et dotée par la République, apporte en dot un fonds rural pris sur le domaine de l'Etat. On rencontre également dans les autres villes de la Grèce, des exemples de dots immobilières [4]. Au surplus, un immeuble pouvait quelquefois, au lieu de faire l'objet d'une constitution directe, être donné après coup au mari, à titre de *datio in solutum*, en remplacement des valeurs mobilières promises [5].

Les démembrements de la propriété peuvent enfin, comme la propriété elle-même, faire l'objet d'une constitution de dot. La femme peut, en conséquence, apporter à son mari, soit l'usufruit, soit la nue-propriété d'un bien. La dot peut même ne porter que sur un droit éventuel, susceptible de se réaliser seulement au cas de prédécès du constituant, la libéralité ayant alors le caractère d'une donation à cause de mort [6]. Tel est le cas, notamment, d'une des constitutions de dot conservées par l'inscription de Myconos et où Thar-

(1) Cf. Platner, *Process*, II, p. 261 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 516 ; Ciccotti, p. 36 ; Guiraud, p. 242.

(2) Démosthène, *C. Stephan.*, I, § 28.

(3) Plutarque, *Aristide*, 27.

(4) Dans l'inscription de Myconos (§§ 7 et 8), deux jeunes filles reçoivent en dot des maisons. Une inscription de Ténos (Ross, *Inscriptiones græcæ ineditæ*, 102) parle d'une jeune fille dont la dot se composait de plusieurs terres et de 2000 drachmes. Une inscription de Syros contient ces mots : « Terrain faisant partie de la dot de Hégéso. » Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 118, n° 68. Aristote (*Politique*, II, 6, 11) remarque que si, à Sparte, les femmes réussirent à accaparer les deux cinquièmes du sol, c'est surtout parce qu'on avait l'habitude de les doter largement.

(5) Isée, *De Dicæog. her.*, § 26. V. *infra*, p. 300.

(6) Barilleau, p. 164.

sagoras fait donation à sa petite fille d'une maison en ajoutant cette clause, ὥστ' εἶναι κύριον τῆς οἰκίας Θαρσαγόραν ἕως ἂν ζῇ. Le constituant se réserve ainsi la propriété de sa maison, de telle sorte que cette propriété ne sera transmise qu'au jour de son décès [1]. Le constituant pourrait aussi faire à la femme une donation dotale en se résevant l'usufruit des biens donnés. Mais il y a une différence profonde entre ce mode de libéralité et celui que nous venons de signaler. Le donataire sous réserve d'usufruit acquiert, en effet, un droit actuel, la nue-propriété, dont il peut disposer immédiatement et qui se complètera nécessairement à la mort du constituant par l'adjonction de l'usufruit réservé. S'il s'agit, au contraire, d'une donation à cause de mort, le donataire n'a qu'un droit éventuel, dont il ne peut actuellement disposer et qui est susceptible de s'évanouir, s'il ne survit pas au constituant [2].

Pour que le mari soit tenu de restituer la dot, il ne suffit pas que le constituant l'ait promise, il faut de plus évidemmemt que celui-ci ait livré et remis au mari les valeurs dotales. Ces valeurs sont quelquefois remises intégralement au mari au moment de l'engyésis, et en présence des personnes qui ont assisté à cet acte et à la constitution dotale [3]. Mais il est rare que la totalité de la dot soit remise au mari à l'époque du mariage, soit que le constituant n'ait pas con-

(1) Cf. en ce sens: Barilleau, p. 164; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 60-61. *Contra*, Ciccotti, p. 38. Cet auteur observe, avec raison, qu'il y a une sorte de contradiction entre cette opinion de Barilleau et celle qu'il admet sur le caractère obligatoire de la dot pour le père de famille. Une *donatio mortis causa* n'ayant qu'un effet incertain ne serait pas une véritable constitution de dot.

(2) Cf. Barilleau, *loc. cit.*

(3) Démosthène, *Adv. Onetor.*, I, § 22. On voit de même, dans l'inscription de Myconos, Ameinocratès, Déxiclès et Ctésion se libérer en une fois et payer à leur gendre la somme promise le jour même du mariage, dont la célébration leur vaut décharge et charge l'époux. C'est du moins, d'après Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 58) ce que l'on peut conclure de l'inscription, puisqu'aucune clause ne vient régler l'exécution du contrat dans l'avenir.

fiance dans la solvabilité du mari [1], soit qu'il n'ait pas le moyen de s'acquitter intégralement [2]. Le plus souvent le constituant ne se libère qu'en partie par un versement plus ou moins considérable. En cas de paiement partiel, l'époux donne une quittance au constituant et, si l'on a rédigé un écrit relativement à la constitution de dot, cette quittance est donnée sur l'acte même [3]. Lorsque le paiement de la dot est ainsi différé, les parties doivent, pour effectuer le versement, prendre les mêmes précautions que si la remise des valeurs avait lieu au moment même du mariage, c'est-à-dire appeler des témoins pour le constater, sinon le constituant se trouvait exposé à ce que l'on contestât sa libération, tandis que son obligation avait été dûment constatée [4].

Le constituant peut, en conséquence, stipuler pour le paiement de la dot un terme plus ou moins éloigné, parfois même un terme incertain. Ainsi, le gendre de Polyeucte, sur une dot de quatre mille drachmes qui lui a été promise, n'en reçoit que trois mille, les mille autres étant payables au décès de Polyeucte, ὅταν ἀποθάνῃ [5]. Cette clause ne transforme point, du reste, la libéralité en une donation à cause de mort; elle en fait seulement une dette à terme incertain [6].

Lorsque le paiement de la dot est ainsi différé, le constituant

(1) Démosthène, *Adv. Onetor.*, I, § 8.

(2) Démosthène, *loc. cit.*, § 11.

(3) La formule de la quittance se retrouve plusieurs fois dans l'inscription de Myconos : un tel reconnaît (ὁμολογεῖ) avoir reçu 100 drachmes d'argent, ou bien reconnaît avoir reçu le trousseau et 100 drachmes d'argent. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 58.

(4) C'est ce qu'observe très bien Démosthène : « Les mêmes témoins en présence desquels Onétor a reconnu devoir la dot et promis de payer les intérêts, il aurait dû les appeler pour s'acquitter envers Aphobos en leur présence, s'il est vrai qu'il lui ait payé la dot. En agissant de cette façon, il se dégageait absolument de toute cette affaire, tandis qu'en payant Aphobos de la main à la main, il restait exposé au témoignage de ceux qui l'avaient vu s'obliger et qui pouvaient toujours le croire débiteur. » *Adv. Onetor.*, I, § 22.

(5) Démosthène, *C. Spud.*, § 5.

(6) Barilleau, p. 168.

peut promettre de payer au mari l'intérêt des sommes dotales. Ainsi Onétor promet de payer les intérêts de la dot en présence des mêmes témoins devant lesquels il a reconnu devoir la dot [1]. Mais, en l'absence de toute clause à ce sujet, la créance dotale, payable à terme, produit-elle des intérêts? On pourrait le croire en se fondant précisément sur cette convention dont parle Démosthène dans son premier plaidoyer entre Onétor. L'opinion contraire nous paraît cependant à la fois plus équitable et plus rationnelle. Elle est conforme à la notion même de la dot, qui est de subvenir aux charges du ménage, de sorte que le mari doit dans tous les cas en toucher les revenus ou les intérêts dès le jour du mariage. C'est ce que l'on peut induire en outre d'un autre plaidoyer de Démosthène, où l'on voit le gendre de Polyeucte se plaindre que son adversaire l'ait empêché par une opposition de percevoir les loyers de la maison qui lui est hypothéquée en garantie de sa créance dotale, comme si ces loyers lui étaient naturellement dûs en représentation des intérêts de la dot [2].

Quel est alors le taux des intérêts ainsi mis à la charge du constituant dans ces diverses hypothèses? Si ce taux a été fixé par convention, aucune difficulté. Ainsi Timocrate, divorçant avec la sœur d'Onétor, reconnaît devoir la dot à Aphobos, le second mari, avec intérêt au taux de cinq oboles par mine et par mois, ou 10 pour 100 par an [3]. Mais en l'absence de toute stipulation, quel est le taux des intérêts? On a prétendu le fixer à 9 oboles par mine et par mois, c'est-à-dire 18 pour 100 par an, en se fondant par analogie sur certains plaidoyers de Démosthène [4] où ce taux se trouve

(1) Démosthène, *Adv. Onetor.*, I, § 22 : ὡμολόγησε καὶ τὸν τόκον οἴσειν.

(2) Démosthène, *C. Spud.*, § 5. Cf. en ce sens : Barilleau, p. 168, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 391 ; Guiraud, p. 243; Gide, cité par Caillemer, *loc. cit.*

(3) Démosthène, *Adv. Onetor.*, I, § 7.

(4) Démosthène, *Adv. Aphob.*, I, § 17 ; *C. Neær.*, § 52. Barilleau (p. 168) fait

indiqué pour des intérêts dotaux. Dans une autre opinion [1], les intérêts seraient de 5 oboles par mine, soit 10 pour 100 par an, ainsi que cela résulte, dit-on, du plaidoyer de Démosthène contre Onétor [2]. Aucune de ces deux opinions ne nous paraît exacte. Les textes sur lesquels se fonde la première pour fixer les intérêts au taux relativement élevé de 18 pour 100, se réfèrent à des cas où les intérêts sont dus par le mari débiteur de la dot et tenu de la restituer, soit que le mariage en vue duquel la dot avait été constituée ne se soit pas consommé par le fait du mari, soit qu'il ait été dissous. L'argument d'analogie tiré de ces textes n'est nullement décisif, car on conçoit très bien que le constituant, qui fait une libéralité à la femme, soit tenu moins rigoureusement que le mari, à l'égard de qui il n'y a pas de ménagements à garder, surtout dans le cas où c'est par son fait qu'il est débiteur de la dot. Quant à l'opinion qui fixe les intérêts à 10 pour 100, elle se fonde sur une convention particulière et exceptionnelle, où le premier mari ne se trouvait débiteur de la dot vis-à-vis du second que parce que le divorce était imposé par la loi. Il serait donc téméraire de généraliser cette décision. En l'absence de texte qui décide réellement notre question, il est plus prudent, à notre avis, d'admettre que le constituant doit payer les intérêts au taux ordinaire, c'est-à-dire à 6 oboles par mine et par mois, soit 12 p. 100 [3].

Le constituant peut quelquefois, au lieu de remettre au

également résulter cette solution de l'inscription hypothécaire de Spata, si, dit-il, on admet qu'elle s'applique à une hypothèque consentie par le constituant pour la sûreté de la créance. Pythodore de Gargettos, resté débiteur pendant deux ans d'une somme de 2000 drachmes pour solde d'une dot par lui constituée à sa fille Xénariste, doit en outre, au taux ordinaire de 18 pour 100, ἐπ' ἐννέα ὀβολ.ῖς, 720 drachmes d'intérêt. C. Dareste, *Bulletin*, 1878, p. 486.

(1) Gide, cité par Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Dos*, p. 391.

(2) Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 7.

(3) Cf. Ciccotti, p. 38. — On admet généralement que le taux ordinaire de l'intérêt est celui de 12 pour cent. On peut toutefois hésiter à adopter cette opinion, ainsi que nous le verrons en étudiant le contrat de prêt à intérêt.

mari les sommes ou effets qu'il a promis, s'acquitter au moyen d'une *datio in solutum*. Ainsi, Dicéogène qui a marié sa sœur à Protarchidès en promettant une dot de quarante mines, se libère envers son beau-père en lui donnant, au lieu d'argent, une maison sise au Céramique [1]. Nous aurons à voir ultérieurement quelle est la condition de cet immeuble donné en paiement, et si la propriété en appartient à la femme ou au mari.

Le constituant peut se libérer non seulement par un paiement réel mais encore par un paiement fictif. Ainsi d'abord, lorsqu'il est créancier personnel du futur, le constituant, au lieu de s'acquitter par un paiement effectif et réel, peut le faire au moyen d'une simple remise de dette. En d'autres termes, la dot peut, comme dans le droit romain [2], être constituée non seulement par voie de dation, ou de promesse, mais encore par voie de libération : on évite par là plusieurs paiements successifs. C'est ainsi que, dans l'inscription de Myconos [3], un prêt contracté par le mari auprès de son beau-père lui est laissé à titre de dot.

La dot peut enfin être constituée ou acquittée par voie de délégation, c'est-à-dire que le constituant, au lieu de verser au mari les deniers promis, peut lui donner en paiement de la dot une créance sur un tiers [4]. En pareil cas, les époux devenus cessionnaires de la créance ont qualité pour en poursuivre le remboursement. Si, d'autre part, le débiteur délégué est insolvable, il paraît équitable que les époux aient un recours contre le constituant ou ses héritiers [5].

(1) Isée, *De Dicæog. her.*, § 26.

(2) Cf. l. 43, pr. et § 1, D. *De jure dot.*, XXIII, 3. Barilleau, p. 170.

(3) § 2. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 59-60.

(4) Dans son testament, le banquier Pasion donne en dot à sa femme diverses créances (Démosthène, *In Steph.*, I, § 28); mais ici il n'y a pas, comme paraît l'admettre Barilleau (p. 170), payement de la dot par voie de délégation. Ce sont les créances mêmes qui font directement l'objet de la constitution de dot, et elles sont aux risques et périls de l'époux doté.

(5) Barilleau, p. 170-171.

Lorque le constituant ne remplit point ses engagements, soit littéralement conformément aux termes mêmes de la constitution de dot, soit tout au moins par équivalent et du consentement du mari, celui-ci a une action pour contraindre le constituant ou ses représentants à payer la dot. Quelle est précisément cette action ? On a prétendu, en se fondant sur la rubrique du plaidoyer de Démosthène contre Spoudias, λόγος ὑπὲρ προικός, que c'est la προικὸς δίκη, soumise à l'archonte [1]. Il s'agit, en effet, dans ce plaidoyer, d'une réclamation formée par l'orateur contre la succession de son beau-père qui, sur une dot de quatre mille drachmes, n'en avait payé que trois mille comptant, le surplus ayant été stipulé payable à son décès. Nous serions néanmoins plutôt porté à croire que le défaut de paiement de la dot par le constituant doit être considéré comme une simple violation de contrat, συμβολαίων παράβασις, et qu'en conséquence l'action à laquelle il est soumis est celle qui peut être intentée contre tout débiteur récalcitrant, la συμβολαίων παραβάσεως δίκη. La rubrique du plaidoyer de Démosthène n'est nullement décisive ; elle dit simplement qu'il s'agit d'un plaidoyer concernant une dot, ὑπὲρ προικός, mais sans rien préciser sur la nature de l'action intentée. Or la προικὸς δίκη paraît avoir été restreinte au cas où il s'agissait de la dot comme telle, où elle avait été apportée et employée aux besoins du ménage, c'est-à-dire au cas de restitution de la dot, tandis que, dans notre hypothèse, il est question du paiement de la dot par le constituant au mari. Le constituant doit être traité comme un débiteur ordinaire, ainsi, du reste, que semble le dire Démosthène, qui, dans un de ses plaidoyers, qualifie de χρήστης ἄδηλος un frère qui retient la dot par lui promise à sa sœur [2].

Le payement de la dot est généralement assuré par diverses garanties, fournies par le constituant, garanties

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 522.

(2) Platner, *Process*, II, p. 265 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 391.

personnelles résultant de l'intervention de cautions, ou garanties réelles connues sous le nom d'ἀποτιμήματα. Les orateurs et les inscriptions nous fournissent plusieurs exemples de ces garanties. Ainsi, d'après l'inscription de Myconos [1], dont le cas aurait pu d'ailleurs se présenter également à Athènes, Sostratos, sur 1300 drachmes qu'il constitue en dot à sa fille, n'en verse que 300; les 1000 autres doivent être fournies plus tard sur un éranos auquel participent Sostratos et son père Aristocratés qui, tous deux, s'engagent à prêter leur concours au mari quand il voudra recouvrer la somme promise, et même à solder le déficit, au cas où celui-ci ne rentrerait pas dans la totalité de cette somme. Le constituant peut aussi, comme garantie du paiement de la dot, donner à son gendre une hypothèque sur ses biens. L'inscription de Myconos mentionne également une semblable hypothèque [2]. Cette sûreté peut être consentie non seulement au moment de la constitution de dot, mais encore pendant le cours du mariage. C'est ainsi que Polyeucte, demeuré débiteur d'une somme de 1000 drachmes envers son gendre, fait, en mourant, inscrire cette somme sur une maison lui appartenant [3]. Pour donner au créancier une sécu-

(1) § 1. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et 59.

(2) § 4. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 50 et 59. L'inscription de Spata, où il est question d'une hypothèque en garantie de la dot (*Corp. inscr. att.* II, nº 1137 et Dareste, Haussoulier et Reinach. p. 110, nº 17) peut également s'expliquer dans le même sens. Cf. Barilleau, p. 169; Dareste, *in Bulletin*, 1878, p. 486 ; Dittenberger, *Sylloge*, nº 435 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 134. D'autres auteurs interprètent différemment cette inscription. Cf. Kœhler, *Mittheilungen*, II (1877) p. 277 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 518, note 110. — L'inscription d'Ephèse portant règlement des dettes hypothécaires à la suite d'un état de guerre prolongé (*in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 30 et s.) décide que ceux qui φερνὰς ὀφείλουσι θυγατράσιν ἢ ἀδελφαῖς devront payer κατὰ τὰς πράξεις (§ 15) sans pouvoir invoquer le bénéfice de guerre. Comme l'expression πρᾶξις est employée dans la loi (§§ 16 et 18) pour désigner les contrats hypothécaires, on doit en conclure qu'il s'agit ici d'hypothèques constituées pour sûreté du paiement de la dot. Cf. Hitzig, p. 41, 42.

(3) Démosthène, *C. Spud.*, § 5.

rité plus grande encore que l'hypothèque, on pouvait recourir au contrat pignoratif. Il existe, à propos d'une dot, une inscription mentionnant une πρᾶσις ἐπὶ λύσει [1]. Mais on ne peut, en raison du laconisme de la stèle, décider s'il s'agit d'une sûreté garantissant le paiement de la dot par le constituant ou garantissant, au contraire, la restitution de la dot par le mari ou ses représentants lors de la dissolution du mariage [2]. Au surplus, l'hypothèque destinée à garantir le paiement de la dot devait être stipulée, et il ne peut être question à ce sujet d'hypothèque légale ou tacite. Elle n'existe donc que si le constituant a expressément consenti à affecter à la garantie de la dot l'une de ses propriétés. Le mari a sur le fonds hypothéqué les droits d'un créancier ordinaire, tels que nous les déterminerons ultérieurement en traitant des hypothèques [3].

Dans les villes où, comme à Myconos, les conventions dotales sont soumises à l'enregistrement, cette formalité constitue une garantie pour le mari demeuré créancier de de tout ou partie de la dot. On y mentionne, en effet, les obligations du constituant, ou les paiements à compte qu'il peut avoir faits au moment du mariage, et toute contestation sur ce point est prévenue par l'ἀναγραφή [4].

III. — Condition de la dot pendant le mariage.

La dot a pour objet de subvenir aux charges du ménage. Mais il s'agit de savoir quels sont les droits que cette destination de la dot confère au mari relativement aux biens dotaux pendant le mariage. Il faut, à cet égard, faire plusieurs

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 2, n° 1105. Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 133) croient qu'il s'agit dans cette inscription d'un immeuble vendu à réméré à l'épouse en garantie de la dot qui n'est pas encore fournie, les fruits de l'immeuble correspondant alors aux intérêts de la somme due. *Contra*, Hitzig, p. 45.

(2) Caillemer, *loc. cit.* p. 391.

(3) V. les deux plaidoyers de Démosthène contre Onétor. Cf. Barilleau, p. 170.

(4) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 61.

distinctions suivant la nature de ces biens et les circonstances qui ont accompagné ou suivi la constitution de dot.

Si nous supposons d'abord que la dot comprenne certains biens qui ont été considérés par les parties comme choses fongibles, le mari en devient propriétaire, qu'ils aient été ou non estimés, et le droit de la femme quant à ces objets se transforme en un droit de créance soumis aux mêmes règles que si la dot eût consisté en argent. Le mari a toute liberté pour consommer ou aliéner pendant le mariage les biens dotaux ainsi considérés comme fongibles, mais à la charge de rendre, à la dissolution, soit la valeur d'estimation de ces biens, soit, à défaut d'estimation, mêmes quantité, qualité et valeur [1].

On doit, à notre avis, assimiler aux choses fongibles dont le mari devient ainsi propriétaire, les corps certains, meubles ou immeubles, qui peuvent avoir été donnés en paiement d'une dot constituée en argent. On a prétendu que l'immeuble donné en paiement d'une semblable dot, comme dans le cas de Dicéogène [2], a la même condition que l'immeuble compris directement dans la constitution dotale, que, par suite, la femme en demeure propriétaire et que le mari n'a pas capacité pour l'aliéner [3]. Mais cette solution nous paraît contraire aux principes généraux du droit qui veulent que la chose donnée en paiement soit de la même condition que celle qui forme l'objet direct de l'obligation [4], et que le créancier ne subisse pas un préjudice par le fait du débiteur de ne pas remplir littéralement son engagement. Aussi voit-on dans le plaidoyer d'Isée que Dicéogène vendit seul, et sans le concours de sa femme, pour une somme de 500 drachmes, la maison qu'il

(1) Barilleau, p. 163 ; Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 10 et *in* Daremberg et Saglio, vo *Dos*, p. 392.

(2) Isée, *De Dicæog. her.*, § 26.

(3) Barilleau, p. 163.

(4) C'est ainsi que, d'après l'article 1553 c. civ., l'immeuble donné en payement de la dot constituée en argent n'est pas dotal, c'est-à-dire inaliénable.

avait reçue en paiement; or, il n'aurait pas eu le droit de le faire s'il n'était pas devenu propriétaire de cet immeuble. Malgré la dation, il restait donc débiteur d'une somme d'argent et n'était tenu que de restituer une somme d'argent lors de la dissolution du mariage [1].

Les effets mobiliers compris dans la dot et désignés dans la déclaration dotale étaient ordinairement estimés. Ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Evergos et Mnésibule, on lit que la femme du demandeur avait apporté en dot divers meubles qui avaient fait l'objet d'un état estimatif, ἐν τῇ προικί τετιμημένα [2]. De même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Spoudias, on voit que les joyaux et habits de la femme ont été imputés pour une somme de 1000 drachmes sur la dot constituée par Polyeucte [3]. On pourrait être tenté de croire, par analogie de ce qui a lieu aujourd'hui dans les pays de régime dotal [4], qu'une semblable estimation vaut vente, et enlève en conséquence à la femme la propriété des objets estimés, de sorte qu'à la dissolution du mariage le mari est simplement débiteur du prix d'estimation. Nous ne pensons pas cependant que l'estimation du mobilier dotal ait, dans le droit attique, la même portée que sous notre code civil. Elle intervenait dans un double but: d'abord pour faire honneur au constituant, en augmentant le chiffre apparent de la dot, en second lieu, et principalement, dans l'intérêt de la femme qui avait alors, à la dissolution du mariage, la faculté d'exercer une option. Elle pouvait, en effet, ou bien exiger du mari la restitution d'une

(1) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 391.

(2) Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 57.

(3) Démosthène, *C. Spudiam*, § 27. Dans le registre des constitutions de dot de Myconos, le trousseau de la femme est toujours compté pour un certain prix dont le montant est généralement imputé sur le chiffre de la dot. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 48 et 60.

(4) Cf. art. 1551 c. civ. De même, en droit romain, la prohibition faite au mari d'aliéner le fonds dotal par la loi Julia ne s'étendait pas aux immeubles reçus en dot avec estimation. L. 11, D. *De fundo dotali*, XXIII, 5.

somme égale à celle portée dans l'estimation, ou reprendre en nature les objets mobiliers portés à l'inventaire, s'ils avaient pour elle un intérêt quelconque, et s'ils se retrouvaient en nature dans les biens du mari [1]. Mais que l'estimation n'emporte pas nécessairement vente au profit du mari, c'est ce qui résulte du plaidoyer précité contre Evergos et Mnésibule où l'on voit la femme former une demande en distraction d'objets apportés en dot et estimés et réclamer la propriété de ces objets [2].

Lorsque la constitution de dot comprend des corps certains, la propriété de ces objets appartient-elle à la femme ou au mari? La question est controversée. Certains auteurs accordent au mari tous les droits d'un propriétaire relativement à tous les biens dotaux, choses fongibles ou corps certains. Le mari ne serait point seulement administrateur et usufruitier de la dot; il en serait le maître, celle-ci lui appartenant et se confondant avec ses biens personnels. On fait valoir en ce sens les arguments suivants. D'abord, dit-on, le fonds dotal est inscrit au cens sous le nom du mari, et non sous celui de la femme [3]; c'est donc que le mari en est propriétaire. D'autre part la preuve que le mari a tous les droits d'un propriétaire, et notamment celui de disposition, se trouve dans un plaidoyer d'Isée [4] où l'on voit un mari aliénant seul la maison que sa femme a constituée en dot. La dot se confond ainsi avec les biens du mari, et ce qui le démontre encore, c'est qu'en cas de confiscation des biens du mari, la dot de la femme est comprise dans la confiscation [5]. De même enfin, on lit dans le premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor [6] que celui-ci craint de donner une dot à

(1) Cette option, admise par Barilleau (p. 167), bien que n'étant fondée sur aucun texte, nous paraît assez vraisemblable.

(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 384, note 20; Barilleau, *loc. cit.*

(3) Bœckh, I, p. 598.

(4) Isée, *De Dicæog. her.*, § 29.

(5) Lysias, *De bonis Aristoph.*, §§ 9 et s.

(6) §§ 10 et s.

sa sœur en la mariant à son tuteur Aphobos, parce qu'il sait que les biens des tuteurs peuvent être absorbés par l'indemnité due au pupille, et il fait simplement promettre par le premier mari, Timocrate, une dot dont celui-ci paye l'intérêt: « Ils aimaient mieux, dit-il, devoir la dot que de la mêler à la fortune d'Aphobos (καταμῖξαι τὴν προῖκ' εἰς τὴν οὐσίαν τὴν 'Αφόβου) qui devait courir un tel danger » [1].

Nous estimons, au contraire, conformément à l'opinion générale [2], que la propriété des corps certains, meubles ou immeubles, compris dans la dot, ne passe pas au mari, et que celui-ci a seulement l'administration et la jouissance de ces biens, à charge d'employer les fruits et revenus à l'entretien commun de la femme et des enfants. La preuve que la propriété des corps certains constitués en dot continue d'appartenir à la femme résulte d'abord, d'une manière décisive, à notre avis, d'un plaidoyer de Démosthène où, parlant d'une saisie pratiquée par des créanciers sur les biens de leur débiteur et où se trouvent compris des objets constitués en dot par sa femme, l'orateur nous montre celle-ci faisant défense aux créanciers de toucher à ces objets, di-

(1) Desjardins, p. 607 ; Gide, *Condit. privée de la femme*, p. 85. Dans ses notes manuscrites (citées par Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, p. 392, note 67) Gide disait : « A la mort du mari, la dot était comprise dans sa succession, sauf prélèvement. Le droit du mari ne souffrait, ce semble, d'autre restriction que la double obligation, d'une part, d'entretenir la femme et les enfants sur les revenus dotaux, tant que le mariage durait, d'autre part, de restituer le capital de la dot lors de la dissolution du mariage. Jusqu'à cette dernière époque, la dot appartenait exclusivement au mari et les enfants issus du mariage n'y avaient aucune part. Si, comme on l'a déjà vu, les enfants de la fille ἐπίκληρος pouvaient avoir un droit sur la dot, même du vivant de leur père, ce droit, résultant des principes de la succession légitime, ne saurait être étendu aux enfants de la fille ἐπίπροικος. »

(2) Van den Es, p. 46; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. XXXII ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 55, note 5 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 519 ; Schœmann-Galuski, I, p. 586 ; Lewy, p. 35 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 11 et s., et *in* Daremberg et Saglio, vº *Dos*, p. 392 ; Barilleau, p. 163 ; Hitzig, p. 42, note 3; Mitteis, p. 231 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 76.

sant qu'ils étaient à elle [1]. On ne saurait objecter qu'il s'agit ici de biens paraphernaux (dont nous n'avons pas admis d'ailleurs l'existence dans le régime matrimonial athénien), car les meubles sur lesquels porte la saisie ont été constitués en dot et même estimés, ἐν τῇ προικί τετιμημένα. La faculté pour la femme de former une semblable demande en distraction prouve donc bien qu'elle a conservé la propriété des meubles dotaux et, à plus forte raison, doit-elle demeurer propriétaire des immeubles constitués en dot. Nous ajouterons en ce sens que le mari de l'épiclère ne devient pas propriétaire des biens de sa femme, ainsi que l'atteste formellement Isée [2]. Donc, à plus forte raison, le droit de propriété et de disposition doit-il être refusé au mari de la fille dotée, mari dont les droits sont moins forts et moins dignes de faveur que ceux des parents assez puissants pour rompre un mariage existant et se substituer à l'époux de la femme devenue épiclère pendant son mariage [3]. On objecte en vain, pour établir le droit de propriété du mari, le cas de Dicéogène, cité par Isée, où le mari aliène seul une maison apportée par sa femme, car, dans cette hypothèse, la maison en question est donnée au mari en paiement d'une dot constituée en argent, ἐπὶ τετταράκοντα μναῖς, et, comme nous l'avons admis, la chose donnée en paiement doit avoir la même condition que la chose directement promise. On ne peut non plus objecter, pour établir la confusion des biens dotaux avec la fortune du mari,

(1) Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 57 : τὰ δὲ σκεύη ἐᾶτε, καὶ μηδὲν τῶν ἐμῶν φέρετε.

(2) *De Aristar. her.*, § 12.

(3) Cet argument, fourni par Caillemer, *loc. cit.* nous paraît moins concluant que le premier dont nous nous sommes servi. L'épiclère se trouve, en effet, dans une situation toute spéciale. Elle est moins considérée comme héritière que comme un moyen de transmettre aux petits enfants la fortune de l'aïeul ; les biens qu'elle recueille ont nettement le caractère de biens substitués, et l'on conçoit, dès lors, qu'à certains points de vue, les droits du mari de l'épiclère sur ces biens puissent être moins étendus que ceux d'un mari ordinaire sur les biens dotaux proprement dits.

que ces biens sont compris dans la confiscation prononcée contre ce dernier. Comme, en effet, le mari a l'administration de la dot, il est naturel que la confiscation s'étende, *a priori*, à tous les biens possédés par lui, mais la femme peut alors, comme nous le verrons, former une demande en distraction de sa dot, et le fisc doit lui restituer en nature les biens dont elle est demeurée propriétaire. La confusion de la dot avec les biens du mari n'est pas davantage établie par le plaidoyer de Démosthène contre Onétor, car il s'agit ici d'une dot constituée en argent, et l'on conçoit très bien l'hésitation d'Onétor à livrer une semblable dot qui, par la force même des choses, se confond avec les autres biens du mari. Il n'y a enfin rien à conclure de ce que le fonds dotal est inscrit au cens sous le nom du mari, car celui-ci, usufruitier de la dot, doit supporter les charges qui sont considérées comme attachées à la jouissance, et, dès lors, comme il est tenu de payer les impôts grevant les biens dotaux, il est tout naturel que ces biens soient inscrits à son nom. On doit d'autant moins hésiter à reconnaître à la femme la propriété des corps certains constitués en dot, que les rares documents que nous possédons sur le régime dotal dans d'autres pays de droit grec, supposent également que la femme est propriétaire de ces biens pendant le mariage. Telle est notamment la solution formellement admise par la loi de Gortyne [1] et en Egypte [2].

Du principe que la femme demeure propriétaire des corps certains constitués en dot, découlent plusieurs conséquences. La première c'est que les accroissements qui peuvent se produire à ces biens profitent à la femme et non au mari et que celui-ci est tenu de les restituer avec le capital même. Par

(1) C'est ce que prouvent les expressions τὰ Fὰ αὐτᾶς (II, 46, 49 ; III, 25, 32, 36, 42 ; IV, 26), τὰ ματρῷα (VI, 34 ; XI, 44), τὰ χρήματα ἤμην ἐπὶ τᾷ γυναικί (VI, 16 et s.), ainsi que la prohibition faite au mari de vendre les biens dotaux (VI, 12 s.). Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 117 ; Mitteis, p. 232.

(2) V. les documents cités par Mitteis, p. 233.

contre, les pertes et diminutions accidentelles sont à la charge de la femme et le mari se libère en restituant les meubles ou les immeubles dans l'état où ils se trouvent, sans sa faute, à l'époque de la dissolution du mariage [1].

Une autre conséquence du principe que la femme conserve la propriété de sa dot, c'est que le mari, simple administrateur, ne peut aliéner seul les corps certains qui la composent. La loi de Gortyne édicte, à ce sujet, une sanction énergique des droits de la femme : « Si, dit-elle, quelqu'un achète ou prend en hypothèque, ou se fait promettre les biens dotaux, autrement qu'il n'est écrit dans la présente loi, les biens resteront la propriété de la mère ou de la femme. Celui qui aura vendu, donné en hypothèque ou promis, paiera le double à l'acheteur, au créancier hypothécaire ou à celui qui a reçu la promesse, et s'il y a en outre quelque dommage, il en paiera la valeur au simple » [2]. Le droit attique ne renferme aucune règle semblable, mais l'incapacité du mari d'aliéner le fonds dotal n'en est pas moins certaine. Elle résulte aussi *a contrario* du cas de Dicéogène précédemment cité, où l'on voit le mari aliéner seul un immeuble donné en paiement d'une dot promise en argent [3].

L'aliénation, qui n'est point ainsi permise au mari seul, est-elle également impossible par la femme, munie bien entendu des autorisations requises ? On a soutenu l'affirmative. Il n'y a, dit-on, aucun indice dans le droit attique que la femme ait été libre de consentir à l'aliénation de sa dot, même avec l'agrément de son mari. De même, la loi de Gortyne, dans le passage précité, n'envisage nullement le cas où l'a-

(1) Barilleau, p. 163 ; Mitteis, p. 233. On applique ainsi le principe posé par la loi 10, § 1, D. *De jure dotium*, XXIII, 3 : « Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet ; si aliquid decessit, mulieris damnum est. »

(2) VI, 12 et s. Trad. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 373. C'est là, du reste, une disposition nouvelle et sans effet rétroactif : VI, 24.

(3) V. les auteurs cités *supra*, p. 303, note 2.

liénation des biens dotaux serait autorisée par la femme. Les Grecs ont ainsi pensé que les biens patrimoniaux de la mère devaient autant que possible passer à ses enfants, et ils ont rendu ces biens indisponibles pendant le mariage [1].

Cette opinion nous paraît fort contestable. On ne rencontre, il est vrai, à Athènes, aucune trace d'aliénation des biens dotaux pendant le mariage par la femme dûment autorisée. Mais il nous semble que si l'inaliénabilité des biens dotaux avait été admise par le droit attique, les orateurs n'auraient pas manqué de nous signaler ce caractère exorbitant du régime dotal. Les biens de l'épiclère sont, il est vrai, indisponibles pendant le mariage jusqu'à la majorité des enfants. Mais nous avons déjà signalé plusieurs fois la différence qui existe entre les biens de l'épiclère et la dot proprement dite, différence qui est assez grande pour qu'il ne soit pas très prudent d'argumenter par analogie d'un cas à l'autre. Ce qui peut faire douter que le patrimoine de la fille ἐπίπροικος ait dû être conservé intact aux enfants, c'est que la femme, dont la dot a été constituée en argent, peut, comme nous le verrons, renoncer à l'hypothèque qu'elle a sur les biens de son mari et qui garantit la conservation et la restitution de cette dot. Il y a donc lieu de supposer qu'elle peut, conformément au droit commun, consentir à l'aliénation de sa dot avec l'autorisation de son kyrios, c'est-à-dire dans un grand nombre de cas avec l'autorisation de son mari, quand celui-ci est lui-même investi de la tutelle de sa femme. L'agrément du mari doit même se joindre, dans tous les cas, à l'autorisation du kyrios, si l'on veut que l'aliénation ait son plein et entier effet, car le mari, usufruitier de la dot, ne peut être dépouillé malgré lui du droit de jouissance qu'il

(1) Guiraud, p. 243. Gide (cité par Caillemer, *loc. cit.*), tout en admettant que le mari est propriétaire, décide qu'il ne peut pas aliéner. Il généralise, en l'appliquant au droit attique, la règle posée par Gaius, *Com.*, II, § 62 : « Accidit aliquando ut qui dominus sit alienandæ rei potestatem non habeat, nam dotale prædium maritus prohibetur alienare, quamvis ipsius sit. »

a sur la dot, ni être privé des revenus qui lui sont nécessaires pour subvenir aux besoins du ménage [1].

On a enseigné que lorsqu'il s'agissait de vendre les immeubles de la femme, celle-ci n'était point consultée, car, a-t-on dit, les idées de décence particulières aux Grecs ne lui eussent pas permis, sans manquer à la retenue de son sexe, de figurer avec des hommes dans des contrats. On suppléait alors à son consentement par l'autorisation de l'archonte éponyme, protecteur légal des femmes [2]. Mais cette opinion, qui n'est du reste fondée sur aucun texte, nous paraît purement arbitraire, et nous ne voyons aucune raison pour déroger ici au droit commun d'après lequel, ainsi que nous le verrons en étudiant la tutelle des femmes, celles-ci figurent personnellement dans les contrats qui les intéressent, leurs tuteurs se bornant à *præstare auctoritatem*.

Le mari, s'il n'a pas la propriété et la disposition de la dot, en a du moins la libre administration [3]. La femme, malgré son droit éventuel à la restitution de la dot, ne peut pas intervenir pour surveiller l'administration du mari. Elle n'a même pas la faculté, que lui reconnaît le droit romain, de demander la restitution anticipée de sa dot en cas de désordre

(1) Cf. en ce sens : Barilleau, p. 163 ; Lewy, p. 35 ; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. XXXIII. On peut, dans le sens de notre opinion, argumenter de l'inscription de Ténos (v. 116 s. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 86) où il s'agit vraisemblablement d'une femme vendant un fonds dotal avec l'autorisation de son kyrios. Cf. Lewy, p. 36.

(2) Cauvet, p. 155.

(3) A Gortyne, la loi ne s'explique pas clairement sur le point de savoir si la femme conserve l'administration de ses biens propres, c'est-à-dire des biens constitués en dot et de ceux qu'elle a recueillis par succession au cours du mariage. L'affirmative paraît cependant assez probable, et on peut l'induire notamment des mots ἐπὶ τᾷ γυναικί ἤμην τὰ χρήματα, VI, 18. Cf. en ce sens : Bücheler et Zitelmann, p. 117 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 455. La femme crétoise conserve en tout cas un certain droit de disposition relativement à son patrimoine. Elle peut certainement en disposer à cause de mort entre ses enfants et probablement aussi entre-vifs. Elle y est même obligée dans certaines circonstances : IV, 26 et s. Cf. Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.*

des affaires du mari mettant la dot en péril. Si toutefois le mari détourne les revenus dotaux de leur destination naturelle, qui est de subvenir à l'entretien de la femme et des enfants, la femme, ou son kyrios, si la tutelle n'appartient point au mari, peuvent user d'un moyen plus radical que la séparation de biens, c'est-à-dire réclamer ou imposer le divorce au mari.

Le femme, bien que n'ayant aucune part dans l'administration des biens dotaux, paraît avoir le droit de faire seule les actes qui se rapportent à l'entretien du ménage et aux dépenses de la maison [1].

IV. — De la restitution de la dot.

§ 1. — *Des cas de restitution de la dot.*

A. Généralités.

Le droit de la femme à obtenir la restitution de sa dot à la dissolution du mariage n'a pas toujours existé dans les pays de régime dotal. Ainsi, à Rome, du moins dans les débuts de l'institution de la dot, le principe est que la dot n'est jamais restituable par le mari, *dotis causa perpetua est*, comme le dit la loi 1, *D. De jure dotium*. Ce principe n'est point d'ailleurs aussi exorbitant qu'il le paraît à première vue, car la dot, reçue par le mari à titre de contribution de la femme aux charges nées de l'union conjugale, doit rester entre ses mains aussi longtemps que durent ces charges ; elle a, par conséquent, une destination perpétuelle. Il est vrai qu'en cas de dissolution du mariage, la charge de l'entretien du ménage a cessé, mais ordinairement il subsiste des enfants nés du mariage, et la dot doit rester aux mains du mari pour subvenir aux frais de leur entretien et de leur éducation.

(1) Cf. Aristophane, *Eccles.*, v. 211, 212 ; Lysias, *De cœde Eratosth.*, § 7. Desjardins, p. 617.

Le droit attique n'a jamais admis cependant le principe de la *causa perpetua* de la dot, et la règle est, au contraire, que la dot doit être restituée par le mari lors de la dissolution du mariage. La raison de cette différence entre le droit attique et le droit romain originaire tient à ce que les Athéniens n'ont jamais pratiqué de mariage semblable au mariage romain avec *manus* où, par la force des choses, les biens apportés par la femme devenaient pour toujours la propriété du mari. D'autre part, à Athènes, ainsi du moins que nous l'avons admis, le mari n'était pas propriétaire de la dot et, dès lors, à la dissolution du mariage, il n'avait aucun titre pour la garder. Enfin, une des causes qui, d'abord inconnues à Rome, y ont ensuite fait admettre le principe de la restitution de la dot, à savoir la fréquence des divorces, a toujours existé à Athènes. Il eût été souverainement injuste de reconnaître au mari le droit de répudier arbitrairement sa femme en gardant la dot, et précisément, au contraire, l'obligation pour le mari de restituer la dot est considérée par les orateurs comme un frein à la multiplicité des divorces [1].

Le principe, à Athènes, est qu'il n'y a lieu à la restitution de la dot qu'au moment de la dissolution du mariage, dissolution qui s'opère soit par la mort de l'un des époux, soit par la servitude encourue *jure civili*, soit par le divorce. Pendant le mariage, le mari conserve la dot et la femme ne peut, comme nous l'avons dit, en provoquer la restitution par aucune mesure semblable à la séparation de biens, même lorsque sa dot se trouve en péril par suite de la mauvaise administration du mari. Par exception cependant, il y a lieu à la restitution de la dot pendant le mariage lorsque les biens du mari ont été confisqués par suite de quelque condamnation judiciaire et que la fortune du mari va être vendue aux enchères publiques [2]. D'autre part, lorsqu'en cas de

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 28. V. *infra*, liv. I, tit. II, chap. I, sect. V.

(2) Il y a lieu naturellement à restitution de la dot promise et versée au mari

faillite ou de déconfiture, pour employer des expressions modernes, le mari use de la faculté qui lui est reconnue de faire cession de ses biens à ses créanciers [1], le kyrios de la femme peut naturellement réclamer contre la masse, par les actions ordinaires, la restitution de la dot [2].

Les règles relatives à la restitution de la dot varient naturellement suivant les différents cas où il y a lieu à cette restitution et que nous allons étudier successivement. Nous ferons toutefois abstraction du cas où le mariage se dissout par la servitude encourue *jure civili*, car cette cause de dissolution du mariage est extrêmement rare dans le droit attique, du moins à partir de Solon. Aussi ne possédons-nous aucun document ayant trait à la restitution de la dot dans cette hypothèse, restitution qui devait alors s'opérer, croyons-nous, suivant des règles semblables à celles admises pour le cas de dissolution du mariage par la mort naturelle de l'un des époux.

B. Dissolution du mariage par la mort de l'un des époux.

(a) *Mort du mari.*— Lorsque le mariage se dissout par la mort du mari, plusieurs hypothèses peuvent se présenter, et qui doivent être examinées séparément suivant qu'il existe ou non des enfants issus de l'union dissoute ou qu'enfin la veuve se trouve enceinte lors de la mort de son mari [3].

Si nous supposons d'abord qu'il existe des enfants issus de l'union dissoute, la femme restée veuve a le choix entre

lors de l'engyésis, lorsque celle-ci n'est pas suivie de la consommation du mariage : tel est le cas de la sœur de Démosthène fiancée à l'âge de cinq ans par son père. Mais c'est qu'alors le mariage, véritablement formé par l'engyésis, est ensuite rompu par la répudiation du mari. Cf. Démosthène, *In Aphob.*, I, § 4.

(1) Cf. Hermann-Thalheim, p. 121-122.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 524-525.

(3) Ces différentes hypothèses ont été très bien distinguées par Van den Es, p. 56 et s. et par Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 17 et s.

les deux partis suivants : ou bien continuer à demeurer avec ses enfants dans le domicile conjugal, ou bien abandonner ce domicile pour aller se replacer sous l'autorité de son kyrios. La veuve est entièrement libre dans cette option qui s'exerce naturellement suivant les circonstances ou les conventions particulières [1].

Si la veuve prend le premier parti, c'est-à-dire si elle reste au domicile conjugal avec ses enfants, elle perd par là même tout droit à réclamer la restitution de sa dot. Celle-ci devient alors la propriété des enfants ; mais, par compensation, la veuve peut exiger d'eux, ou de leur représentant légal, s'ils sont mineurs, qu'ils subviennent à tous ses besoins [2].

Le plaidoyer attribué à Démosthène contre Phénippe renferme une curieuse application de cette règle [3]. L'orateur avait fait avec Phénippe l'échange de ses biens (antidosis) et, à la suite de cet échange, Phénippe avait dû dresser un inventaire de sa fortune où il avait inscrit à son passif la dot de sa mère, sous prétexte que c'était là une créance qu'elle avait sur lui. Mais son adversaire critique, avec raison, l'inexactitude de cet inventaire, car les lois, dit-il, donnent à Phénippe la propriété de cette dot. Et il ajoute : « Moi, qui ai ma mère avec moi, dans ma maison et vivante encore et ayant apporté une dot, pourquoi ne déclaré-je pas cette dot comme lui étant due, pourquoi ne cherché-je pas à tromper les juges, pourquoi laissé-je ma mère jouir avec moi de mes biens ? Parce que les lois le veulent ainsi » [4].

L'enfant qui, refusant d'obéir aux prescriptions de la loi,

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 520, 521.

(2) Van den Es, p. 56 ; Desjardins, p. 608 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 520 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 19 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 393.

(3) C'est là une règle analogue à celle qui est posée pour les fils de l'épiclère qui, à leur majorité, deviennent propriétaires des biens de leur mère à la charge de lui fournir des aliments.

(4) Démosthène, *Adv. Phœnip.*, § 27.

ne fournit point à sa mère les aliments auxquels elle a droit, est exposé à une action publique dont l'exercice appartient à tout citoyen, c'est-à-dire la κακώσεως γονέων γραφή [1], dont nous aurons plus tard à préciser la portée en étudiant les devoirs des enfants envers leurs parents. En l'absence même de toute poursuite et de toute condamnation, le fils dénaturé peut, à raison de ce refus d'aliments, être exposé à certaines incapacités civiques [2] [3].

La veuve peut, si elle le préfère, abandonner le domicile conjugal et aller se replacer sous l'autorité de son kyrios à qui incombe alors le soin de recouvrer la dot de sa pupille, et qui a d'ailleurs le droit, si celle-ci est encore en âge d'être remariée, de lui donner un nouvel époux [4]. C'est ainsi que, après la mort de Cléomédon, dont elle avait eu quatre enfants, la mère de Mantithée, fille de Polyaratos, quitte la maison conjugale en emportant sa dot, κομισαμένη τὴν προῖκα, et retombe sous l'autorité de ses kyrioi, c'est-à-dire de ses frères Ménéxène et Bathylle, qui lui font contracter un second

(1) Van den Es, p. 57 ; Platner, *Process*, II, p. 266 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 527 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 19.

(2) Caillemer, *loc. cit.*

(3) A Gortyne, lorsque la veuve continue à demeurer avec ses enfants, les patrimoines restent associés, sans se confondre toutefois comme pendant le mariage, et il n'y a pas lieu à liquidation. Les fils majeurs sont-ils alors les tuteurs de leur mère ? La loi ne le dit point et rien ne peut le faire supposer. (Bücheler et Zitelmann, p. 121). En tout cas, la situation des fils vis-à-vis de la mère est exactement la même que celle qu'avait le père. Ainsi les fils ne peuvent vendre ni hypothéquer les biens maternels (VI, 12) et les mêmes restrictions aux donations existent à l'égard des enfants et du père (X, 14 et s.). Cf. Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.* ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 456. — C'est seulement au cas où la veuve se remarie qu'un partage s'impose. La veuve peut alors reprendre : 1° ses biens propres ; 2° la donation à cause de mort que son mari a pu lui faire conformément à la loi et dont le maximum est fixé à 100 statères (III, 18 et s.). Mais elle perd tout droit aux fruits encore subsistants de ses propres, ainsi qu'aux acquêts provenant de son industrie. Cf. Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.* ; Dareste, Haussoulier et Reinach, *loc. cit.*

(4) Van den Es, p. 57 ; Desjardins, p. 608 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 620 ; Caillemer, *loc. cit.*

mariage [1]. Ce semble même être une obligation morale pour le kyrios de remarier sa pupille en lui constituant la même dot qu'il a recouvrée [2].

Le kyrios de la femme peut, lorsque celle-ci n'a pas obtenu immédiatement le remboursement de sa dot, intenter contre le mari, soit une action en restitution de la dot, προικός δίκη, soit, à défaut de restitution, et afin de procurer à la femme des ressources alimentaires, exercer une autre action, nommée σίτου δίκη et tendant à la prestation d'aliments ou des intérêts de la dot [3]. Nous aurons à préciser ultérieurement les règles et l'objet de ces actions.

La veuve peut-elle, tout en gardant sa dot, se retirer dans la maison d'une personne autre que son kyrios ? On l'a prétendu en disant qu'en pareil cas la dot doit demeurer absolument distincte des biens de celle-ci [4]. Mais cette solution nous paraît fort contestable. L'inscription sur laquelle on a voulu la fonder n'est nullement décisive [5]. On y voit qu'une femme nommée Timostraté, devenue veuve, a quitté son fils, N. du dème deKéphisia et retiré sa dot pour aller demeurer avec son frère Boon, du dème d'Anakœa. Pour prévenir toute confusion de ses biens avec ceux de Boon, elle y place une inscription en son nom, au nom de Timostraté [6]. Mais rien ne prouve, selon nous, que le frère de Timostraté ne soit pas précisément son kyrios.

Lorsque la veuve se trouve enceinte lors de la dissolution du mariage, elle a le même droit d'option qui lui appartient dans le cas que nous venons d'examiner où elle a des enfants déjà nés. On lui a, il est vrai, contesté ce droit, mais à tort,

(1) Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 6. Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 8 et 9.
(2) V. Démosthène, *loc. cit.* Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 520.
(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 8 et 9.
(4) Guiraud, p. 246-247.
(5) *Corp. inscr. attic.*, II, 1109 et Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 118, n° 67.
(6) Telle est l'explication donnée par Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 137.

suivant nous, ainsi que nous le démontrerons en exposant les effets de la dissolution du mariage.

En cas de prédécès du mari sans qu'il y ait du mariage des enfants nés ou au moins simplement conçus, la femme n'a plus le droit d'option que nous lui avons reconnu dans le cas précédent, et elle doit nécessairement abandonner la maison conjugale et se retirer chez son kyrios, sauf à celui-ci à agir contre les héritiers du mari par la προικὸς δίκη ou par la σίτου δίκη, ainsi que nous l'avons vu précédemment. Il n'existe aucun texte qui consacre cette solution, mais elle résulte des principes généraux du droit attique qui n'accorde à la femme aucun droit de succession *ab intestat* sur les biens de son mari. Cette succession étant immédiatement revendiquée par le plus proche parent, la veuve doit forcément évacuer la maison conjugale, si celle-ci appartient au mari, et se contenter de sa dot [1] [2].

(b) *Mort de la femme.* — Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, il faut distinguer suivant qu'il existe ou non des enfants nés du mariage.

En supposant d'abord qu'il y ait des enfants issus du mariage, ceux-ci ont le droit, s'ils sont majeurs, de réclamer

(1) Van den Es, p. 58 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 521 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 23 et *in* Daremberg et Saglio, vº *Dos*, p. 393.

(2) A Gortyne, lorsqu'il n'y a pas d'enfants issus du mariage, une liquidation immédiate s'impose entre la veuve et les ayants-droit du mari. En présence de ces étrangers, la femme est mieux traitée qu'en présence de ses propres enfants. Elle reprend alors : 1º ses apports ; 2º la moitié des choses tissées par elle, c'est-à-dire des produits de son industrie ; 3º la donation à cause de mort faite par le mari ; 4º une part des fruits trouvés dans la maison en concours avec les héritiers du mari. Tandis qu'en cas de divorce la loi attribue à la femme la moitié des fruits, ici elle ne lui donne qu'une part virile. Mais il y a lieu de supposer, d'après les termes mêmes de la loi, qu'en cas de divorce, la femme n'a droit qu'à la moitié des fruits provenant de ses biens propres, tandis qu'en cas de prédécès du mari, les fruits, dont la femme recueille une part virile, comprennent tous ceux qui subsistent en nature dans la maison, qu'ils proviennent des biens du mari ou de ceux de la femme. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 121 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 457.

la dot maternelle, et ils peuvent exercer à cet effet les actions dont nous avons parlé, προικὸς δίκη et σίτου δίκη. S'ils n'usent pas de ce droit, et l'exemple de Mantithée [1] montre qu'ils restaient quelquefois très lontemps sans en user, le père continue à administrer en leur nom l'héritage maternel, mais n'étant pas propriétaire, il ne peut en aliéner aucune partie sans le consentement de ses enfants [2].

Si les enfants sont encore mineurs à la mort de la mère, le père conserve provisoirement la dot et il en perçoit les revenus à charge de les employer d'abord à l'entretien et à l'éducation des enfants [3]. La restitution de la dot n'a lieu en pareil cas qu'après que les enfants ont atteint leur majorité [4]. En supposant qu'il y ait des enfants de différents lits, lorsque ces enfants, après la mort de leur père, partagent sa succession, la dot de leur mère n'est pas comprise dans le partage mais revient respectivement aux enfants de chacun des divers lits [5].

(1) Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, §§ 13 et s.

(2) Guiraud, p. 246. La loi de Gortyne (VI, 36 et s.) renferme à ce sujet les dispositions suivantes : « Si la mère meurt laissant des enfants, le père sera maître des biens maternels, mais il ne pourra ni les vendre ni les donner en hypothèque, à moins que les enfants ne donnent leur consentement étant majeurs. Si quelqu'un achète ou prend en hypothèque, autrement qu'il n'est écrit, les biens resteront la propriété des enfants; celui qui aura vendu ou donné en hypothèque paiera a l'acheteur ou au créancier hypothécaire le double du prix, et s'il y a en outre quelque dommage la valeur au simple. Si le père épouse une autre femme, les enfants seront maîtres des biens maternels » (Trad. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 373 et 457. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 123 et 129). La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par les « biens maternels », et l'on peut dès lors se demander si l'on doit y comprendre, outre les propres de la femme, la moitié des produits de son industrie.

(3) C'est ainsi que, dans le second plaidoyer de Démosthène contre Bœotos (§§ 50, 51), Mantithée, à qui Bœotos reproche d'avoir été nourri et élevé dans la maison paternelle, tandis que rien de pareil n'a eu lieu pour lui, répond : « Rappelez-vous que j'étais tout enfant lorsque j'ai perdu ma mère. Aussi les revenus de la dot ont suffi pour ma nourriture et mon éducation. »

(4) Van den Es, p. 59 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 521 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 24 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 393.

(5) Bunsen, p. 44 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 521, texte et note 122.

En cas de prédécès de la femme sans enfants, le mari doit restituer la dot à celui qui l'a constituée ou, à défaut de celui-ci, aux héritiers de la femme [1]. Les représentants de la femme peuvent alors exercer, les actions que nous connaissons [2] [3].

Nous n'avons pas besoin d'indiquer ce qui a lieu relativement à la restitution de la dot quand le père et la mère sont tous deux décédés. Tout dépend, en effet, comme nous venons de le voir, du point de savoir lequel des deux époux est mort le premier et de l'existence ou de l'absence d'enfants nés du mariage [4].

C. — Dissolution du mariage par le divorce.

Le divorce, à Athènes, peut avoir lieu, soit par la volonté d'un seul des époux, mari ou femme, soit de leur consentement mutuel, soit enfin par la volonté d'un tiers.

En nous plaçant dans la première hypothèse, le divorce peut émaner de la volonté du mari: c'est la répudiation, ἀποπομπή, ou bien de la volonté de la femme: c'est le délaissement, ἀπόλειψις. En cas de répudiation par le mari, celui-ci est tenu de restituer la dot dans tous les cas, alors même qu'il existe des enfants issus du mariage et que ces enfants restent à sa charge, κατὰ τὸν νόμον ὃς κελεύει, ἐὰν ἀποπέμπῃ τὴν γυναῖκα, ἀποδιδόναι τὴν προῖκα [5]. Cette obligation de restitution avait été imposée par le législateur comme une entrave aux répudiations arbitraires.

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 36, 38.

(2) Van den Es, p. 60; Caillemer, *loc cit.*

(3) D'après la loi de Gortyne (III, 31, 37), en pareil cas, le mari, qui n'a aucun droit de succession sur les biens de sa femme, doit, comme en cas de divorce, restituer aux ayants-droit de celle-ci : 1° les apports de sa femme 2° la moitié des fruits subsistants de ses propres ; 3° la moitié des produits de son industrie Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 122 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 457- 58.

(4) Van den Es, p. 60.

(5) Démosthène, *In Neæram*, § 52.

La restitution de la dot est-elle également obligatoire pour le mari lorsqu'il a répudié sa femme, à raison des fautes dont elle s'est rendue coupable envers lui, par exemple pour cause d'inconduite? La négative est généralement admise. A défaut de preuve directe pour le droit attique, on invoque en ce sens la législation reçue dans la cité ionienne d'Éphèse [1], qui accordait au mari le droit de retenir la dot en cas d'adultère de sa femme, et l'on dit qu'il n'est pas téméraire de généraliser cette décision. On se fonde, en second lieu, sur ce qui se passait aux temps homériques, où le mari offensé avait le droit d'exiger la μοιχάγρια à titre de dommages intérêts et pouvait de plus répéter les ἕδνα payés par lui à la famille de la femme [2]. Donc, dit-on, à l'époque historique, par analogie, il y aurait eu possibilité pour le mari de retenir la dot en compensation du préjudice causé. On allègue également, par analogie, les dispositions de la loi romaine [3] qui admettait certaines *retentiones* au cas de dissolution du mariage par suite de divorce imputable à la femme [4]

Cette théorie ne nous paraît pas admissible. Il est certain, tout d'abord, qu'il ne pourrait être question d'attribuer au mari le droit de rétention dans tous les cas où le divorce serait imputable à une faute quelconque de la femme, mais seulement dans le cas où celle-ci aurait été convaincue d'adultère et dans celui où, étant étrangère, elle aurait été épousée par un mari qui la croyait citoyenne. Or, dans le premier cas, il est une raison décisive contre la possibilité d'une rétention par le mari, c'est que, la restitution de la dot

(1) Achilles Tatius, VIII, 8. — Le témoignage de Sopater (VIII, p. 229) et de Libanius (IV, p. 582) est d'une date trop récente pour qu'on puisse lui attribuer quelque valeur, du moins en ce qui concerne le droit classique athénien.

(2) Odyssée, VIII, 332.

(3) Ulpien, *Regulæ*, VI, § 12. Cf. Accarias, t. 2, n° 834.

(4) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 27 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 320 ; Cauvet, p. 58 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 587 ; Gans, t. I, p. 305. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 393 est moins affirmatif et estime plus prudent de ne pas se prononcer sur ce point.

s'opérant ordinairement au profit de celui qui l'a constituée, il est impossible que le constituant souffre d'une faute qui lui est étrangère. Quand au second cas, il résulte du plaidoyer de Démosthène contre Nééra [1] que le mari n'est point non plus autorisé à retenir la dot. Lorsqu'en effet Phrastor, reconnaissant son erreur, répudie Nééra qu'il croyait citoyenne, il veut garder la dot. Mais Stéphanos lui intente aussitôt une action, à l'occasion de laquelle l'orateur nous dit, « qu'aux termes de la loi, celui qui renvoie sa femme doit rendre la dot. » C'est donc que la restitution est obligatoire dans tous les cas. Aussi la suite du plaidoyer nous apprend-elle que si Stéphanos a renoncé à la dot, c'est par une transaction et pour que Phrastor se désistât de son côté d'une accusation qui pouvait exposer Stéphanos à des peines très sévères. Il ne nous paraît pas possible d'argumenter, en faveur du droit de rétention du mari, de ce qui pouvait avoir lieu dans les temps homériques : le caractère du mariage s'est, en effet, profondément modifié dans le droit attique. De plus, l'objection tirée de la restitution des ἕδνα est inopérante, si l'on admet avec certains auteurs que ces ἕδνα représentent le prix d'achat de la femme par le mari : rien de plus naturel alors que la restitution de ce prix à l'acheteur trompé sur la qualité de l'objet acquis. L'analogie de la législation d'Ephèse n'est pas plus décisive, lorsqu'on voit, d'après une inscription de cete ville, que le mari pouvait en cas de divorce garder la dot en un assez grand nombre d'hypothèses [2]. Si le droit de rétention du mari ne nous paraît juridiquement reposer sur aucune base sérieuse, nous reconnaissons cependant qu'en fait il pouvait quelquefois être pratiqué par le mari dans l'espérance que les intéressés n'oseraient point intenter contre lui une action en restitution de la dot ou qu'il pourrait l'écarter au moyen d'une transac-

(1) § 52.
(2) Dittenberger, *Sylloge*, 344, l. 59.

tion, comme dans le cas de Phrastor et de Néèra [1].

En cas de divorce par la volonté de la femme, celle-ci a droit à la restitution de sa dot. Cette solution résulte d'abord *a contrario* d'un texte d'Isée [2], qui ne permet point à la femme de réclamer la restitution des objets non déclarés lors de la constitution de dot. Elle est, d'autre part, directement établie par le premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor et qui repose sur les faits suivants. Aphobos, tuteur de Démosthène, avait été condamné à lui restituer une somme de dix talents, mais lorsque celui-ci voulut procéder à l'exécution en saisissant les biens de son débiteur récalcitrant, et prendre possession d'une terre appartenant à Aphobos, il se trouva en présence des réclamations d'Onétor, beau-frère d'Aphobos. Au dire d'Onétor, sa sœur, à qui il avait constitué une dot, a demandé et obtenu le divorce contre Aphobos, et, dès lors, celui-ci se trouve obligé de restituer la dot. Mais comme il ne peut satisfaire à cette obligation, Onétor prétend se faire payer par préférence sur l'immeuble saisi et qui, suivant lui, est hypothéqué à la sûreté de la créance dotale et garantit la restitution de la dot. Or, Démosthène, sans essayer de contredire en droit l'argumentation de son adversaire, se borne à la combattre en fait, en disant que la dot n'a pas été payée, qu'elle est encore entre les mains d'Onétor et que le divorce est simulé [3].

La restitution de la dot est également obligatoire lorsque le divorce à lieu par consentement mutuel. C'est ce que prouve l'exemple de Ménéclès [4].

Lorsqu'enfin le divorce a lieu par la volonté d'un tiers

(1) V. Hermann-Thalheim, p. 77, note 9; Van den Es, p. 61; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 519, note 1:4; Ciccotti, p. 56. Cf. Hermann-Blümner, p. 255, texte et note 3.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 35.

(3) Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 8. Cf. Van den Es, p. 61, Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 29.

(4) Isée, *De Menecl. her.*, § 9. Cf. Caillemer, *loc. cit.*

c'est-à-dire du kyrios de la femme qui la reprend à son mari, on doit admettre, bien qu'il n'y ait aucun texte à ce sujet, que la femme, en quittant la maison conjugale, emporte sa dot, qu'il y ait ou non des enfants issus du mariage et que ces enfants restent ou non à la charge du mari. Son kyrios, qui a le devoir de la remarier, si elle est encore nubile, doit avoir à sa disposition, pour ce nouveau mariage, la dot du mariage dissous [1].

Dans les différents cas de divorce que nous venons d'examiner, nous ne nous sommes préoccupé que des droits de la femme sur sa dot. Peut-on admettre, au profit des enfants, certains droits sur la dot, analogues à ceux que nous leur avons reconnus en cas de dissolution du mariage par la mort de l'un des époux ? On en est réduit sur ce point à des conjectures. Il est certain que, lorsqu'il s'agit d'une épiclère, les droits de ses fils sur ses biens ne souffrent aucune atteinte en cas de divorce. Mais la situation de l'épiclère est trop spéciale pour qu'on puisse en tirer un argument certain [2] [3].

(1) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 30 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 393.

(2) Cf. Platner, *Process*, II, p. 267.

(3) D'après la loi de Gortyne (II, 45 et s.), il y a lieu, en cas de divorce, à une liquidation immédiate entre les époux. Il faut distinguer, à cet égard, suivant que le mari est ou non l'auteur (αἴτιος) du divorce. En cas d'affirmative, la femme reprend : 1° ses apports, biens dotaux ou biens recueillis par succession pendant le mariage ; 2° la moitié des fruits subsistant en nature qui proviennent de ces biens ; 3° la moitié des produits provenant de son industrie personnelle ; 4° une indemnité de cinq statères. Les fruits non consommés des biens propres de la femme et ses acquêts forment ainsi une sorte de communauté qui se partage par moitié entre les époux divorçants. Dans le second cas, la loi décide que « si le mari affirme que la dissolution du mariage n'est pas son fait, le juge statuera en prêtant serment. » Cette disposition, bien qu'assez obscure, doit plutôt s'entendre en ce sens que le mari, s'il est reconnu n'être pas l'auteur du divorce, devra faire à la femme les restitutions précédemment indiquées, sauf l'indemnité de cinq statères qu'il doit seulement payer s'il est αἴτιος du divorce. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 118 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 456.

D. — Confiscation des biens du mari.

Lorsque les biens du mari ont été confisqués pour être vendus au compte du trésor public, la femme a le droit d'exiger la restitution de sa dot. Il faut alors distinguer suivant que celle-ci comprend des corps certains ou des choses fongibles. Les corps certains qui, comme nous l'avons admis, sont demeurés la propriété de la femme et sur lesquels le mari n'a qu'un droit d'administration et d'usufruit, doivent être restitués en nature par le fisc. Dans le cas où ces biens ont été compris indûment dans la confiscation, la femme, au moyen d'une action que nous indiquerons en posant les règles de la confiscation, peut, en général, obtenir d'en être remise en possession [1]. Celui qui, d'ailleurs, était convaincu d'avoir compris à tort les biens de la femme dans la confiscation, était condamné à une amende de 1.000 drachmes et déchu du droit d'intenter désormais une accusation criminelle en son propre nom contre qui que ce fût [2].

Si la dot consiste en choses fongibles, la femme ne peut évidemment rien revendiquer, mais elle est autorisée, comme tout autre créancier du mari, à réclamer du fisc le montant de sa dot, et, par un privilège spécial qu'atteste un lexicographe, il lui serait même permis, dans cette réclamation, de venir au premier rang [3].

La femme, ou plutôt son kyrios qui la représente dans ce procès comme dans toute autre instance, doit, pour justifier sa réclamation, produire les différentes preuves, écri-

(1) V. sur cette action : Meier, *De bonis damnat.*, p. 209 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 34 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Apographè*. V. *infra*, liv. II, tit. VI, chap. II, De la confiscation générale.

(2) Démosthène, *Adv. Nicostr.*, § 1.

(3) Etymolog. magn., 340, 44 : ἐξῆν δὲ τῇ γυναικὶ πρῶτον τὴν ὀφειλομένην προῖκα ζητεῖν. V. *infra*, liv. II, tit. VI, chap. II.

tes ou orales, qu'elle peut avoir à sa disposition pour établir la constitution de dot, notamment le témoignage des personnes qui ont assisté à cet acte [1]. L'existence d'un ὅρος sur les immeubles du mari où se trouverait mentionnée une hypothèque au profit de la femme, serait insuffisante pour établir la créance de celle-ci. Mais la preuve d'une hypothèque dotale emporterait celle d'une créance dotale [2]. Néanmoins, quelque bien fondé que son droit pût paraître, et malgré la faveur qui s'attachait à la créance de la femme, ses réclamations, même les plus légitimes, étaient fréquemment écartées en raison de la pénurie du trésor public [3].

§ 2. — *De la manière dont s'opère la restitution de la dot.*

Une distinction s'impose suivant que la dot comprend des corps certains ou des choses fongibles. Les corps certains, dont la femme a gardé la propriété et que par conséquent le mari a dû conserver en nature, doivent être restitués immédiatement. On ne comprendrait pas, relativement à la restitution de ces objets, la concession d'un terme qui, sans offrir aucun avantage au mari, ne présenterait que des inconvénients pour la femme [4].

Si la dot se compose de choses fongibles, d'argent, par exemple, le mari peut n'avoir pas chez lui, le jour même de

(1) Meier, *De bonis*, p. 222 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 33. Le kyrios de la femme doit, conformément au droit commun en cette matière, fournir des cautions (ἐγγύης καταβολή) pour assurer au trésor public la restitution des sommes qui lui seraient indûment payées. Etymol. magn., p. 340. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 815.

(2) V. *infra*, liv. II, tit. III, chap. II, De l'hypothèque.

(3) C'est ce qu'atteste le plaidoyer de Lysias sur les biens d'Aristophane, § 9. Cf. Caillemer, *loc. cit.* ; Meier, *loc. cit.*, p. 224 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 525, note 127.

(4) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 40. De même, en droit romain, le mari qui a reçu en dot des choses *in specie*, non estimées, doit la restitution en nature et ne jouit d'aucun délai. Ulpien, *Reg.*, VI, § 8.

la dissolution du mariage, des sommes ou des quantités suffisantes pour effectuer le remboursement de la dot. Il est rationnel et équitable de lui laisser un certain temps pour obtenir de ses propres débiteurs le recouvrement des sommes qu'il a pu leur prêter et dont même il a dû se dessaisir, en bon père de famille, afin de ne pas les laisser improductives dans sa caisse. On doit donc admettre que le mari ou ses héritiers jouissent d'un certain délai pour la restitution de la dot de choses fongibles. On ne trouve, il est vrai, dans les textes, aucune mention d'un semblable délai, mais la concession d'un terme résulte ici de la nature même des choses, et on peut très bien argumenter par analogie de la solution admise par le droit romain qui, en pareil cas, permettait au mari de se libérer par annuités [1]. On voit, sans doute, que Ménéclès rembourse à sa femme aussitôt après le divorce les vingt mines qui formaient sa dot ; mais Isée [2] nous fait observer que cela tient à une circonstance particulière, à savoir que Ménéclès avait précisément à ce moment de l'argent qu'il venait de recevoir [3].

Au cas où la dot consiste en choses fongibles on doit assimiler celui où le mari a reçu un immeuble en paiement d'une dot promise en argent. Le mari, en effet, ainsi que nous l'avons admis, est devenu propriétaire de cet immeuble et la femme n'a contre lui qu'une créance de somme d'argent soumise aux règles que nous venons d'exposer. On doit, au contraire, décider que la femme peut obtenir la restitution immédiate des meubles, même estimés lors de la constitution de dot, car cette estimation ne vaut pas vente au profit du mari, et celui-ci ne jouit d'aucun délai pour une restitution qui doit se faire en nature.

(1) Ulpien, *Reg.*, VI, § 8.
(2) Isée, *De Menecl. her.*, § 9.
(3) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 40 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 393.

La concession d'un terme au mari ne peut point être une cause de préjudice pour la femme, et comme ce sont les revenus de la dot qui doivent subvenir aux dépenses de son entretien et de sa nourriture, il est juste que le mari, s'il ne restitue pas la dot immédiatement, en paie les intérêts. Cette obligation du mari est expressément édictée par la loi dans le cas où il répudie sa femme, et le taux des intérêts est alors fixé à neuf oboles par mine et par mois, c'est-à-dire à 18 p. 100 par an [1]. Il y a tout lieu de croire qu'il en est de même en cas de divorce par la volonté de la femme, car les orateurs assimilent l'ἀπόλειψις à l'ἀποπομπή au point de vue de leurs effets sur les rapports pécuniaires des époux [2]. La situation de la femme est, du reste, également digne d'intérêt dans les deux cas, puisque l'ἀπόλειψις suppose, comme nous le verrons, une juste cause de divorce.

On assimile ordinairement au cas de divorce celui où le mari doit restituer la dot par suite de la rupture de l'engyésis et de la non consommation du mariage. Démosthène [3] parle, en effet, d'une loi qui, en pareil cas, constitue le mari débiteur de la dot au taux de neuf oboles. Mais la conduite même de Démosthène, qui se contente d'un intérêt de 12 p. 100, peut faire douter de l'existence d'une telle loi, et on doit plutôt admettre que l'orateur appliquait ici par analogie, et avec une certaine hésitation, la loi qui réglait le taux des intérêts en cas de divorce [4].

Les intérêts sont-ils dûs au même taux de 18 p. 100 dans les autres cas de restitution de la dot et dès le jour où cette restitution est exigible ? Tels sont les cas où le ma-

(1) Démosthène, *In Neæram*, § 52 : κατὰ τὸν νόμον ὃς κελεύει ἐὰν ἀποπέμπῃ τὴν γυναῖκα, ἀποδιδόναι τὴν προῖκα, ἐὰν δὲ μή, ἐπ' ἐννέ' ὀβολοῖς τοκοφορεῖν.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 35. Cf. Harpocration, v° σῖτος ; Suidas, v° σίτου δίκη. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 519. note 114 ; Hruza, I, p. 47, note 38.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 17 : μὴ γήμαντος δ'αὐτοῦ τὴν μητέρα τὴν ἐμὴν ὁ μὲν νόμος κελεύει τὴν προῖκ' ὀφείλειν ἐπ' ἐννέ' ὀβολοῖς.

(4) Cf. Platner, *Process*, II, p. 265 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 520 ; Hruza, I, p. 47, note 38.

riage se dissout par la mort du mari ou par celle de la femme. La question est douteuse, car elle n'est décidée par aucun texte. Nous serions plutôt porté à la résoudre négativement, car le taux de 18 p. 100 est exceptionnel, et à nous prononcer pour l'application du droit commun, surtout dans le cas où le mariage se dissout par la mort de la femme. Ici, en effet, le mari n'est débiteur de la dot qu'envers ses enfants ou envers d'autres héritiers de sa femme, et il n'y a aucune raison pour le traiter plus rigoureusement qu'un débiteur ordinaire; on devrait, au contraire, plutôt le favoriser [1].

La convention des parties peut, d'autre part, dans les divers cas où le mari est débiteur de la dot, alléger son obligation et diminuer le taux des intérêts. C'est ainsi que Timocrate, le premier mari de la femme d'Aphobos, convient avec Onétor, kyrios de celle-ci, qu'il ne restituera pas la dot immédiatement et qu'il en sera débiteur envers le second mari, Aphobos, au taux de cinq oboles seulement, c'est-à-dire de 10 p. 100 [2].

Le droit romain admettait au profit du mari, débiteur de la dot, un droit à certaines *retentiones* [3]. Parmi ces *retentiones* il y avait, en cas de dissolution du mariage par suite de divorce imputable à la femme, la *retentio propter mores* et la *retentio propter liberos*. En ce qui concerne d'abord la *retentio propter mores*, nous avons précédemment établi que la faute la plus grave de la femme, l'adultère, n'est point, dans le droit attique, un obstacle à la restitution de la dot. Relativement à la *retentio propter liberos*, quelque équitable qu'elle puisse paraître, on n'en rencontre aucune trace à Athènes.

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 521, 522.

(2) Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 7. Si Aphobos avait été substitué purement et simplement aux droits d'Onétor, il aurait pu exiger de Timocrate les intérêts au taux de 18 pour 100. Cf. Platner, *Process*, II, p. 265.

(3) V. May, t. 2, p. 224.

Quant aux autres *retentiones* autorisées par le droit romain, *propter impensas*, *propter res amotas*, et *propter res donatas*, rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'elles puissent être opérées à Athènes aussi bien qu'à Rome. Ainsi d'abord il est tout naturel que le mari puisse déduire du montant de la restitution les dépenses qu'il a pu faire sur les biens dotaux et qui, n'ayant point trait au simple entretien, mais constituant, comme on dit, de grosses réparations, ne sont pas une charge de l'usufruit. Quant à la *retentio propter res donatas*, la possibilité de l'exercer dépend du point de savoir si la donation entre époux est permise dans le droit attique. Une semblable rétention est formellement autorisée par la loi de Gortyne pour les donations à cause de mort, mais il est tout au moins fort douteux, comme nous le verrons, que les conjoints aient pu se faire des donations entre-vifs pendant le mariage [1].

Il est enfin très juste d'admettre au profit du mari, ou de ses représentants, la *retentio propter res amotas*, c'est-à-dire à raison des choses que la femme aurait diverties en prévision d'un divorce imminent ou du décès prochain du mari. La loi athénienne a-t-elle pris, pour prévenir les détournements de la femme, des mesures spéciales et analogues à celles qu'édictait la loi de Gortyne [2]? Rien ne le fait supposer.

Une autre disposition de faveur admise à Rome au profit

(1) V. *infra*, liv. II, tit. II, chap. II, sect. IV, § 2.

(2) La loi de Gortyne renferme à ce sujet la disposition suivante : « Si la femme emporte autre chose appartenant à son mari, elle payera cinq statères et elle restituera en nature ce qu'elle aura emporté ou soustrait. Si elle nie à l'égard de certains objets, le juge lui enjoindra de se justifier en jurant par Artémis, devant l'Amyclœon, devant la statue qui porte l'arc. Si, après son serment, quelqu'un soustrait pour elle un objet, il paiera cinq statères et restituera l'objet en nature. Si un tiers s'est rendu complice du détournement, et que le juge l'affirme en prêtant serment, il paiera dix statères et restituera l'objet au double. » (III, 15 et s.) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 382 et 458 ; Büchaler et Zitelmann, p. 123.

du mari, est le bénéfice de compétence, en vertu duquel il ne peut être condamné, sur l'action *rei uxoriæ*, que jusqu'à concurrence de ce qu'il possède [1]. Il ne semble pas que le droit attique ait admis au profit du mari aucun bénéfice de ce genre, bénéfice qui d'ailleurs, à Rome, s'expliquait principalement par le droit originaire du mari qui, maître absolu de la dot, n'avait ni comptes à rendre, ni restitution à opérer. Or, à Athènes, le mari, à notre avis du moins, n'a jamais été dans une situation aussi favorable. On doit d'autant moins être porté à accorder au mari athénien une faveur du genre de celle dont nous parlons, que, d'après une loi éphésienne du premier siècle avant notre ère, le bénéfice de guerre, accordé aux débiteurs en général, ne peut pas être opposé aux femmes par les débiteurs de leur dot, non plus qu'aux pupilles par les tuteurs qui détiennent leur patrimoine [2].

Le créancier de la dot a à sa disposition, pour obtenir satisfaction du mari, deux actions, l'action en restitution proprement dite, προικὸς δίκη et l'action alimentaire, σίτου δίκη. Abstraction faite de la portée de cette dernière action, que nous aurons ultérieurement à préciser, le demandeur nous paraît entièrement libre de choisir entre ces deux actions [3]. L'action principale et ordinaire est la προικὸς δίκη, qui tend

(1) Cf. Inst., § 37, *De action.*, IV, 6. V. May, t. 2, p. 223.

(2) Cette loi porte, en ce qui concerne les débiteurs de dot : « Ceux qui doivent des dots à leurs filles, ou à leurs sœurs comme représentant la part de celles-ci dans le patrimoine paternel, semblablement les tuteurs institués par le testament du père ou nommés par le peuple, qui n'auront pas délivré à leurs pupilles les dots prescrites par le père, de même enfin les époux divorcés qui n'auront pas rendu la dot restituable d'après la loi, tous ces débiteurs devront rembourser les dots avec l'intérêt réglé par le contrat, sans pouvoir invoquer le bénéfice de guerre. » (Trad. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 37. Cf. Dareste, *Nouv. Rev. hist. du droit*, 1877, p. 168.

(3) C'est ce qui nous paraît résulter d'Isée, *De Pyrrhi her.*, § 9. —Peut-être aussi, lorsque la dot comprenait une maison ou un champ, le créancier pouvait-il intenter contre le mari l'action ἐνοικίου, dans le premier cas, l'action καρ-

à obtenir la restitution du capital même de la dot, et c'est seulement à défaut de cette restitution que, pour procurer à la femme des ressources alimentaires, son kyrios intente la σίτου δίκη. Mais si tel est l'ordre rationnel et normal de l'exercice des deux actions, il n'est nullement obligatoire. Ainsi, dans le plaidoyer contre Néèra, on voit Stéphanos, agissant comme kyrios de Phano, réclamer, sans que le motif en apparaisse, non le capital de la dot, mais seulement des aliments [1].

On a prétendu que le mari actionné par le kyrios pouvait, à son choix, remplir les obligations dont il est tenu en ce qui concerne la dot, soit en restituant le capital même, soit seulement en fournissant les aliments ou les intérêts réclamés par la σίτου δίκη [2]. Mais cette opinion est inadmissible. On ne voit point, en effet, l'intérêt que présenteraient les garanties hypothécaires fournies par le mari lors de la constitution de dot, si elles ne tendaient précisément à assurer la restitution de la dot contre la mauvaise volonté ou l'insolvabilité du mari. Si donc il existe une option entre la prestation du capital de la dot et des intérêt de celle-ci ou les aliments, cette option n'appartient qu'au demandeur et non au mari [3].

La première et la principale des actions précitées, la προικὸς δίκη, rentre parmi les actions dont l'instruction ne

ποῦ, dans le second. C'est ce qui expliquerait le rapprochement que fait Pollux (VI, 153, VIII, 31) des actions σίτου, καρποῦ, ἐνοικίου et ἐξούλης. Cf. Hudtwalcker, p. 143, note.— V. sur les actions ἐνοικίου et καρποῦ, *infra*, liv. II, tit. V, ch. 2.

(1) Démosthène, *In Neær.*, § 52.

(2) Gans, *Erbrecht*, p. 305. Desjardins (p. 610) enseigne, dans le même sens, que le débiteur de la dot peut se soustraire à la restitution en reconnaissant son obligation et en s'engageant à fournir les aliments, σίτον.

(3) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 519, note 114 ; Ciccotti, p. 56. Le texte cité par Desjardins et tiré du troisième plaidoyer de Démosthène contre Aphobos (§ 33) ne prouve rien. On y voit seulement qu'Aphobos se reconnait débiteur d'aliments envers la mère de l'orateur, comme détenteur de sa dot.

doit pas durer plus d'un mois en raison de l'urgence que présente leur décision et qui, sont pour cela appelées δίκαι ἔμμηνοι [1]. Elle appartient, d'autre part, à l'hégémonie des εἰσαγωγεῖς, membres d'un collège particulier de magistrats désignés par le sort et qui avaient compétence pour instruire, sinon toutes les δίκαι ἔμμηνοι, du moins la plupart d'entre elles, et notamment la προικὸς δίκη [2].

La σίτου δίκη, qui peut être intentée par le kyrios de la femme lorsque le mari ou ses héritiers ne restituent pas le capital même de la dot, a pour objet, non pas seulement les intérêts légaux de la dot, mais comme son nom même l'indique, une pension alimentaire, qui alors, croyons-nous, peut ne pas être égale à ces intérêts. Cette action a pour objet, comme le dit Pollux [3], τὰς ὀφειλομένας τροφάς. La σίτου δίκη peut être exercée dans tous les cas où le mari ne restitue pas le capital de la dot, et non pas seulement, comme on l'a prétendu [4], dans le cas où le mariage a pris fin par le divorce. Les orateurs, lorsqu'ils signalent cette action à côté de la προικὸς δίκη, [5] ne font, en effet, aucune distinction suivant le mode de dissolution du mariage [6]. La σίτου δίκη appartient à la compétence de l'archonte éponyme [7] et elle est jugée à l'Odéon [8].

(1) Pollux, VIII, 101 ; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 52. V. sur les δίκαι ἔμμηνοι : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 307 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Emménoi dikai.*

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 94 et 525 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisagogeis.*

(3) VIII, 33.

(4) Harpocration, v° σῖτος ; Suidas, v° σίτου δίκη.

(5) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 9 et 78 ; Démosthène, *In Aphob.*, I, § 17.

(6) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 526, note 131.

(7) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 527 ; Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 22.

(8) Démosthène, *In Neæram*, § 52 ; Suidas, v° 'Ωιδεῖον. Comme c'est à l'Odéon qu'on mesurait les grains, on en a conclu qu'originairement le σῖτος dû par le mari était fourni en nature et que plus tard seulement la pension alimentaire fut payée en argent. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 527. V. *infra*, sect. VI, De l'épiclérat.

Les deux actions dont nous venons de parler, προικὸς δίκη et σίτου δίκη doivent être intentées par la femme ou ses représentants dans les vingt ans qui suivent la dissolution du mariage, sinon elles sont prescrites [1]. Quant à la δίκη ἀπογραφῆς et à l'ἐνεπίσκημμα, la faveur qui s'attachait toujours aux intérêts du fisc, avait dû probablement faire abréger le délai à l'expiration duquel la prescription était acquise contre la femme [2].

§ 3. — *Garanties de la restitution de la dot.*

La femme mariée n'a pas à Athènes, ainsi que cela a lieu dans certaines législations modernes, d'hypothèque légale sur les biens de son mari pour garantir le recouvrement de ses droits contre lui, c'est-à-dire la restitution de sa dot. On a, il est vrai, soutenu le contraire, et prétendu que l'hypothèque légale de la femme athénienne prenait rang à dater du mariage [3]. Mais cette opinion ne repose sur aucun fondement. Elle est en contradiction avec les plaidoyers ou inscriptions qui nous sont parvenus et qui supposent toujours une convention intervenant au moment du mariage et par laquelle le mari consent une hypothèque sur ses biens comme garantie de la restitution de la dot à la dissolution du mariage. C'est ainsi qu'Onétor, qui a marié sa sœur à Aphobos, dit avoir remis à son beau-frère une dot de quatre-vingts mines, et, pour en assurer la restitution, il a pris une hypothèque sur un fonds de terre jusqu'à concurrence d'un talent, et sur une maison pour le surplus, c'est-à-dire pour vingt mines [4]. Aussi Harpocration dit-il expressément

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 9 et 18.
(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 41.
(3) Cauvet, p. 155.
(4) Démosthène, *C. Onet.*, II, § 1 et 2. Pour les inscriptions, v. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 103 et s.

que les Athéniens avaient l'usage (εἰώθεσαν) de demander à l'époux un gage de valeur égale à la dot [1], ce qui suppose qu'il n'existait pas au profit de la femme d'hypothèque résultant de la seule force de la loi [2].

Le gage que le mari fournit ainsi à la femme en garantie de la restitution de sa dot, se nomme ἀποτίμημα [3]. Il est donné, en principe, au moment de la constitution de dot et stipulé par le constituant. Nous possédons à ce sujet une inscription, malheureusement mutilée, d'un registre dotal de Ténos, qui a été avec assez de vraisemblance reconstituée de la manière suivante : ὁ δεῖνα (le père, constituant de la dot) τῷ δεῖνι (au gendre) ἐπέδωκεν ἐπὶ τῇ θυγατρί τῇ αὐτοῦ.... ἀργυρίου δραχμὰς....., ὁ δὲ δεῖνα (le gendre) ἀπετίμησε πρὸς τὴν προῖκα τὰ αὐτοῦ πάντα (ou τὰ χωρία..... καὶ τἄλλα τὰ αὐτοῦ) [4]. Le gage fourni par le mari, bien que portant habituellement sur des immeubles, peut aussi avoir pour objet des meubles [5].

(1) Harpocration, v° ἀποτιμηταί : οἱ προσήκοντες εἰώθεσαν αἰτεῖν παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ὥσπερ ἐνέχυρον τι τῆς προικὸς ἄξιον. — Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 423, *infra*, note 3.

(2) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 35; Hitzig, p. 64; Guiraud, p. 184; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 127. On a admis, à Ephèse, l'existence de l'hypothèque légale au profit de la femme au 1er siècle avant notre ère. Guiraud, p. 284; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 46. Mais cette solution ne résulte point nécessairement, selon nous, de l'inscription éphésienne. Les πράξεις dont il est question au § 15 de la loi éphésienne (ἀποδιδόναι κατὰ τὰς πράξεις) ne sont autre chose que des hypothèques conventionnelles. Cf. Hitzig, p. 64-65. Le registre des constitutions de dot de Myconos (v. Barilleau, *Bulletin* VI (1882), p. 601), celui de Ténos (v. *infra*) et les ὅροι d'Amorgos (v. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 110, nos 23 et 24) prouvent également que dans ces diverses localités la femme n'avait point d'hypothèque légale. Hitzig, p. 64.

(3) Pollux, III, 36 : αἱ δὲ πρὸς τὴν προῖκα ὑποθῆκαι ἀποτιμήματα ἐκαλεῖτο. — Cf. Hesychius, v° ἀποτιμήματα. Bekker, *Anecd.*, I, p. 423, dit à ce sujet : εἰώθασιν οἱ τῇ γυναικὶ γαμουμένῃ προῖκα διδόντες αἰτεῖν παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ὥσπερ ἐνέχυρόν τι τῆς προικὸς αντάξιον, ὃ νῦν ὑπάλλαγμα λέγεται. ἐκλήθη δὲ τὸ ὑπάλλαγμα ἀποτίμημα, διότι ἐτιμᾶτο πρὸς τὴν προῖκα, ἵνα μὴ ἔλαττον ᾗ ἀλλὰ πλέον αὐτῆς.

(4) *Corp. insc. græc.*, II add. 2338 b.

(5) Hitzig, p. 43. Cf. Bekker, *Anecd.*, p. 200 : ἀπετίμησε· τὸ ἀπαιτεῖν παρὰ τοῦ ἀνδρὸς, ὥσπερ ἐνέχυρον τι τῆς προικὸς ἀντάξιον, οἰκίαν ἢ χωρίον ἢ ἄλλο τι κτῆμα ἀξιόχρεων.

Lorsque le mari donne à sa femme une sûreté immobilière [1], il la constitue spécialement sur un ou plusieurs de ses immeubles, abstraction faite du point de savoir si l'hypothèque générale est admise dans le droit attique. L'inscription précitée du registre de Ténos peut toutefois laisser supposer pour cette localité la possibilité de constituer une hypothèque générale sur les biens du mari. Ce n'est guère qu'en admettant la constitution d'une hypothèque générale que l'on peut expliquer le concours de la femme à la vente faite par le mari d'un de ses immeubles, dans un cas révélé par le registre des ventes immobilières de Ténos [2].

La valeur du gage hypothécaire que le mari fournit ainsi à sa femme, doit, d'après le texte précité d'Harpocration, être égale au montant même de la dot, ἐνέχυρον τι τῆς προικὸς ἄξιον. Suidas dit de même, v° ἀποτιμηταί.... ᾔτουν παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ὑπὲρ τῆς προικὸς ἐνέχυρον οἰκίαν ἢ χωρίον ταύτης ἄξιον. On peut toutefois trouver exagérée cette disposition, dans le cas du moins où la dot de la femme comprend des immeubles dont, comme nous l'avons vu, elle conserve la propriété pendant le mariage et que, par conséquent, le mari ne peut aliéner sans son consentement.

L'hypothèque consentie par le mari au profit de sa femme est, au surplus, soumise à toutes les règles concernant les autres hypothèques conventionnelles et que nous aurons ultérieurement à exposer. Elle doit notamment être rendue publique par le moyen des ὅροι [3]. On a dit que les ὅροι d'hypothèques dotales se différencient des ὅροι ordinaires en ce que le nom de l'archonte, qui servait à l'application de la maxime *prior tempore*, *potior jure*, ne s'y rencontre pas

(1) Nous verrons, en étudiant la matière des hypothèques, que la sûreté fournie par le mari revêt plutôt la forme d'une hypothèque proprement dite que celle d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει.

(2) Inscriptions nos 44 et 45 du registre de Ténos, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 84. Cf. Hitzig, p. 46 et 111. V. *infra*, liv. II, tit. III, chap. II.

(3) Ces ὅροι contiennent les mentions ordinaires. Le nom de la femme créan-

toujours, probablement parce que cette énonciation était inutile, les intéressés pouvant dans tous les cas arriver à se renseigner par d'autres moyens sur la date précise du mariage. On s'est fondé aussi sur ce silence des ὅρει pour dire que l'hypothèque de la femme était probablement privilégiée et passait avant celle de tous les autres créanciers [1]. A notre avis, au contraire, il n'y a rien, dans les inscriptions hypothécaires, qui révèle une différence entre l'hypothèque de la femme et celle d'un autre créancier, et plusieurs fois on y voit indiqué le nom de l'archonte sous lequel la constitution d'hypothèque a été consentie [2]. La date de l'hypothèque détermine donc son rang dans tous les cas, qu'il s'agisse de la femme ou d'un créancier ordinaire [3].

L'hypothèque dotale produit les mêmes effets que toute autre hypothèque conventionnelle [4] et, par suite, le mari ne peut disposer des biens hypothéqués au préjudice des droits

cière s'y trouve au datif. V. les différentes hypothèques dotales rapportées dans Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 108, nos 10 à 24. Cf. Hitzig, p. 43-44.

(1) Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 37.

(2) V. les inscriptions hypothécaires publiées par Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 100, nos 10 et s.

(3) Caillemer, *loc. cit.*, invoque encore, pour justifier l'existence d'une hypothèque dotale privilégiée, le témoignage de l'*Etymologicon magnum* qui, pour le cas de confiscation des biens du mari, décide que la femme peut d'abord réclamer la dot qui lui est due et qu'ensuite le prêteur peut agir : ἐξῆν δὲ τῇ γυναικὶ πρῶτον τὴν ὀφειλομένην προῖκα ζητεῖν, καὶ ἔπειτα τῷ δανειστῇ. Mais ce texte, à notre avis, n'établit point nécessairement l'existence d'un privilège au profit de la femme. Il suppose seulement que la femme vient ordinairement avant le créancier prêteur, parce que l'hypothèque dotale qui est, en principe, constituée lors de la célébration du mariage, passe naturellement avant celle qui a été consentie au cours du mariage seulement en faveur du créancier prêteur.

(4) Le kyrios de la femme peut, en conséquence, au nom de celle-ci, se mettre en possession des biens hypothéqués par voie d'ἐμβάτευσις et, en cas d'obstacle à sa prise de possession, recourir à la δίκη ἐξούλης. V. *infra*, liv. II, tit. III. ch. II. Le kyrios peut également, du moins dans une opinion que nous croyons exacte, recourir aux actions ἐνοικίου, καρποῦ et οὐσίας, de même que tout autre créancier hypothécaire. V. *infra*, liv. II, tit. V, ch. II. Cf. Hudtwalcker, p. 143; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 523. On peut même remarquer que Pollux (VI, 153 et VIII, 31) rapproche à deux reprises différentes les actions σίτου, καρποῦ et ἐνοικίου.

de sa femme. Mais celle-ci peut renoncer à son hypothèque, soit purement et simplement au profit d'un acquéreur des biens hypothéqués, soit en consentant ce qu'on nomme, dans le droit moderne, une subrogation de son hypothèque au profit d'un créancier hypothécaire du mari. Ces solutions sont du moins consacrées, pour Amorgos, par des inscriptions trouvées dans cette île, et il n'y a aucune raison pour ne pas les étendre à l'Attique. C'est ainsi que, dans un contrat de vente d'Amorgos, la femme du vendeur Nikératos intervient dans la vente d'un bien de son mari hypothéqué à la sûreté de sa dot, et renonce par là-même à son hypothèque en faveur de l'acquéreur [1]. De même, dans une inscription hypothécaire [2], on voit une femme donner son assentiment à une constitution d'hypothèque faite par son mari en faveur d'un érane, sorte de société en commandite. Or, cette intervention ne peut guère s'expliquer que par une renonciation partielle de la femme à son hypothèque au profit de l'érane, ou, en d'autres termes, par une subrogation à son hypothèque [3].

(1) Dittemberger, *Sylloge*, n° 438.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, n° 64.

(3) Cf. en ce sens : Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXIII; Guiraud, p. 245; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 136; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 392. Foucart (*Des associations religieuses chez les Grecs*, p. 326) explique l'intervention de la femme, en ce cas, par le motif que le mari « engageait des terrains, une maison, des jardins qui étaient la propriété de la femme ». Mais cette interprétation est inadmissible, car le texte dit expressément que les biens hypothéqués appartenaient au mari. Or celui-ci, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 302 et s.) n'est pas propriétaire des biens dotaux. Pour Reinach (*in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*), ce texte, visiblement corrompu, est actuellement inintelligible. — Un cas assez délicat est celui qu'indique le registre des ventes immobilières de Ténos, n°s 44 et 45 (*in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 84, 86). On voit au n° 44 qu'un nommé Artymachos achète, sans le concours de sa femme, un immeuble pour un prix déterminé. Au n° 45, il revend cet immeuble à un vendeur le même jour et pour le même prix, mais cette fois avec le concours de sa femme Manto (συνχωρεούσης καὶ συνεπαινούσης Μαντῶς). Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 136) expliquent ce cas, comme les précédents, en y voyant une renonciation par la femme à son hypothèque dotale. Hitzig (p. 111, 112) observe à ce sujet, avec beaucoup de raison,

La renonciation par la femme à son hypothèque étant, en définitive, autant dans l'intérêt du mari que dans l'intérêt du tiers, on pourrait croire que la femme ne peut pas être assistée pour cette opération par son mari, dont les intérêts sont alors en opposition avec les siens. Aussi a-t-on dit que la femme est alors assistée d'un protecteur spécial, c'est-à-dire d'un kyrios *ad hoc*, institué spécialement à cet effet [1]. Nous croyons, pour notre part, qu'ici, comme en tout autre cas, l'assistance du kyrios ordinaire suffit, que ce kyrios soit un parent de la femme ou même son mari. C'est ainsi d'abord que, dans l'inscription hypothécaire d'Amorgos, la femme inscrit la subrogation d'hypothèque avec l'autorisation de son kyrios Broukion, autre que son mari. Que si, ce qui peut également arriver, mais, à notre avis du moins, n'est point nécessaire, la femme a pour kyrios son mari, l'assistance de celui-ci suffit pour habiliter la femme, comme c'est le cas dans le contrat de vente précité d'Amorgos. Il n'est pas besoin de nommer ici un tuteur spécial à la femme, et cela pour un double motif. Le premier est que le droit attique ne paraît pas avoir admis l'institution d'un tuteur *ad hoc* chargé de défendre les intérêts de l'incapable contre son tuteur ordinaire [2]; le second, c'est qu'il n'y a pas ici entre le mari, kyrios de sa femme, et celle-ci opposition d'intérêts rendant nécessaire la constitution d'un kyrios *ad hoc*, à supposer du reste que cela soit possible. Il ne faut point oublier, en effet, que la restitution de la dot s'opère, en

qu'il est difficile de supposer que, dans le court intervalle pendant lequel Artymachos a été propriétaire de l'immeuble en question, il ait pu constituer une hypothèque spéciale sur cet immeuble au profit de sa femme. Suivant lui, il s'agit plutôt ici d'une hypothèque générale, dont la possibilité est révélée d'ailleurs par une autre inscription de Ténos (V. *supra*, p. 332, 333). En conséquence, l'immeuble, dès qu'il a été acquis par le mari, a été affecté à la créance de la femme, et, dès lors, il ne peut plus être aliéné qu'avec le concours de celle-ci, bien que la revente ait seulement pour effet de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la vente.

(1) Caillemer, *loc. cit.*

(2) V. *infra*, liv. I, tit. III, chap. III, sect. II, *Tutelle des femmes.*

principe, entre les mains du kyrios qui l'a constituée. Le mari kyrios est donc le premier intéressé, à ce point de vue, à ne pas diminuer les garanties de la restitution, et il est évidemment le meilleur juge pour voir s'il doit ou non autoriser sa femme à renoncer à son hypothèque [1].

III. — Des donations *propter nuptias* et des donations entre époux.

Nous aurions, pour compléter la théorie des rapports pécuniaires des époux, à exposer les règles relatives aux donations *propter nuptias* ou autres libéralités qui peuvent intervenir à l'occasion du mariage et forment pour ainsi dire le pendant de la dot. Nous devrions également indiquer celles qui gouvernent les donations que les époux peuvent se faire dans le cours du mariage et rechercher si ces libéralités sont permises ou interdites. Mais nous préférons renvoyer l'examen de ces questions et les traiter quand nous exposerons la théorie générale des donations, considérées comme mode d'acquisition de la propriété [2].

Article II. — Effets du mariage quant aux enfants.

§ 1. — De la filiation *ex justiis nuptiis*.

Le mariage, à Athènes, comme dans le droit grec en général, a pour but principal et hautement avoué la procréation d'enfants destinés à perpétuer le culte domestique et à offrir au père de famille, après sa mort, la série des repas funèbres qui doivent assurer le repos et le bonheur

(1) Cf. Lewy, p. 36.
(2) V. *infra*, liv. II, tit. II, ch. II, sect. IV.

à ses mânes ainsi qu'à ceux de ses ancêtres [1]. Le mariage a d'autant plus d'importance à cet égard que le fils qui doit perpétuer la religion domestique doit être issu d'un mariage légitime, car l'enfant naturel ne peut pas remplir le rôle religieux dont nous venons de parler. L'étude des effets du mariage nous amène donc naturellement à l'étude des effets de la filiation. Mais celle-ci, c'est-à-dire le lien naturel qui rattache un enfant à ses deux auteurs, produit des effets plus ou moins étendus suivant la nature de l'union d'où elle résulte. La filiation la plus pleine est sans doute celle qui découle du mariage contracté par voie d'engyésis ou d'épidicasie. Mais il peut naître des enfants d'autres unions telles que le concubinat soit simple, soit légitime, si l'on admet l'existence de ce dernier. Nous aurons donc, après avoir déterminé les effets de la filiation *ex justiis nuptiis* à rechercher dans une section spéciale ceux que peut entraîner la filiation procédant d'autres unions, ou suivant une expression romaine qui résume toutes les situations, de la filiation *non justa*.

§ 2. — Preuve de la filiation légitime.

La filiation ne peut évidemment produire un effet quelconque que si elle est légalement certaine. Cette certitude existe toujours à l'égard de la mère, parce que l'accouchement est un fait matériel également facile à constater dans tous les cas. La paternité est, au contraire, naturellement incertaine. Mais le mariage, conformément à son but social, fournit un moyen de la déterminer légalement avec une grande vraisemblance qui, le plus souvent, équivaudra à une certitude. Aussi toutes les législations qui ont admis l'institution du mariage ont-elles reçu cette présomption que les Romains ont formulée en disant : *pater is est quem*

(1) V. *supra*, p. 32 et s. — Il ne semble point cependant que les mariages grecs aient été très féconds. Cf. Hermann-Blümner, p. 278.

nuptiæ demonstrant [1]. L'application de cette présomption suppose toutefois, d'après la loi romaine : 1° que la femme a conçu ou pu concevoir pendant le mariage ; 2° que la cohabitation a été matériellement possible entre les époux à un moment quelconque de la période à laquelle la conception se réfère [2]. Voyons comment on doit entendre ces deux conditions dans le droit attique.

En premier lieu, pour savoir si la femme a pu concevoir en mariage, il est nécessaire de fixer préalablement les limites extrêmes de la durée légale d'une grossesse. Or, il résulte d'un passage de Platon, où le philosophe a dû se référer au droit en vigueur dans sa ville natale, droit conforme du reste aux données de la science, que la durée minima de la gestation est de six mois pleins et la durée maxima de dix mois pleins [3]. Il en résulte donc que l'enfant a dû être conçu au plus tard le cent quatre-vingt-unième jour et au plus tôt le trois cent unième jour avant celui de la naissance, et que le délai pendant lequel la loi place la conception est de cent vingt-et-un jours. Dès lors, l'enfant sera présumé appartenir au mari de sa mère et sera légitime par cela seul que l'un quelconque de ces cent vingt-et-un jours se placera dans la durée du mariage. En conséquence, l'enfant qui naît le cent quatre-vingtième jour qui suit celui de la conclusion du mariage ou le trois cent deuxième jour après la dissolution du mariage ne peut prétendre au bénéfice de la légitimité. Il serait légitime, au contraire, s'il naissait le cent quatre-vingt-unième jour après celui du mariage ou le trois cent unième jour après celui de la dissolution.

En droit romain, il faut de plus, pour l'application de la

(1) L. 51, D. *De in jus voc.*, II, 4.

(2) V. Accarias, I, no 93.

(3) Platon, *Civitas*, liv. 5, p. 461, d, 51 : ἀλλ' ἀφ' ἧς ἡμέρας τις αὐτῶν νυμφίος γένηται, μετ' ἐκείνην δεκάτῳ μηνὶ καὶ ἑβδόμῳ δὴ ἃ ἂν γένηται ἔκγονα, ταῦτα πάντα προσερεῖ τὰ μὲν ἄρρενα υἱεῖς, τὰ δὲ θήλεα θυγατέρας, καὶ ἐκεῖνα ἐκεῖνον πατέρα.

règle *pater is est*, que la cohabitation physique des époux n'ait pas été impossible au moment de la conception. La loi décide, en conséquence, que si cette impossibilité a existé, c'est-à-dire si d'un bout à l'autre du délai de cent vingt-et-un jours fixé pour la conception, le mari a été soit absent, soit incapable, par suite de maladie ou accident, d'accomplir l'acte de la génération, il ne sera pas le père de l'enfant mis au monde par sa femme [1]. Ces solutions sont trop raisonnables pour ne pas avoir été admises dans le droit attique, et nous estimons que si le mari fait la preuve des faits précités, il pourra décliner la paternité de l'enfant mis au monde par sa femme pendant le mariage.

Mais le désaveu est-il permis à Athènes dans d'autres hypothèses ? Le mari, peut-il, par exemple, désavouer l'enfant en se fondant sur l'adultère de sa femme ? Il peut évidemment nier sa paternité, mais son désaveu a peu de chances de réussir en présence de ce principe du droit grec que nous a conservé Aristote [2], et en vertu duquel « quand il s'agit de reconnaître des enfants, c'est partout aux femmes qu'on s'en rapporte pour découvrir la vérité. » Il ajoute « qu'à Athènes Mantias l'orateur niant que l'enfant fût à lui, on admit le témoignage de sa mère [3], qu'à Thèbes, Isménias et Stilbon se disputant l'enfant, Dodonis déclara qu'il était d'Isménias et que sur cette déclaration, les juges prononcèrent qu'Isménias était le père de Thessalicus. » Si donc la mère affirme que l'enfant est né des œuvres du mari, le désaveu formé par celui-ci ne peut réussir.

Il semble toutefois que la rigueur de ce principe soit mise de côté en cas de dissolution du mariage par le divorce, car dans un cas rapporté par Andocide [4] on voit qu'un mari a

(1) V. l. 6, D. *De his qui sui vel al. jur.*, l, 6.

(2) Aristote, *Rhetor.*, II, c. 23, § 11 : περὶ τῶν τέκνων αἱ γυναῖκες πανταχοῦ διορίζουσι τἀληθές.

(3) V. sur le cas de Mantias, *supra*, p. 52 et s.

(4) *De myster.*, §§ 125 et s. V. *infra*, sect. V, Dissolution du mariage.

pu, après avoir répudié sa femme, soutenir avec succès que l'enfant n'était pas de lui en prêtant à ce sujet un serment solennel lors de la présentation de l'enfant à la phratrie par les parents de la mère. Le mari qui a des doutes sur sa paternité aurait ainsi le moyen de la décliner, ce serait de répudier sa femme et il pourrait, en prêtant le serment en question, désavouer l'enfant qui naîtrait après la dissolution du mariage.

A la preuve de la filiation se rattachent deux formalités dont nous avons à indiquer la signification, à savoir la δεκάτη et l'introduction de l'enfant dans la phratrie. En ce qui concerne d'abord la première, il était d'usage de faire le septième [1] ou plutôt, en général, le dixième (δεκάτη) jour [2] après la naissance de l'enfant, un sacrifice solennel auquel on convoquait les proches parents [3], qui apportaient du reste au nouveau-né certains petits présents [4]. L'acte le plus important de cette cérémonie consistait dans la dation d'un nom à l'enfant [5], nom qui lui était donné par le père, en prin-

(1) Harpocration, vº ἑβδομευομένου : ταῖς ἀποτεχθεῖσι παιδίοις τὰς ἑβδομάδας καὶ τὰς δεκάτας ἦγον, καὶ τὰ γε ὀνόματα ἐτίθεντο αὐτοῖς οἱ μὲν τῇ ἑβδόμῃ, ὡς καὶ ὁ ῥήτωρ λέγει, οἱ δὲ τῇ δεκάτῃ.... τὰ πλεῖστα δὲ ἀναιρεῖται πρὸ τῆς ἑβδόμης, διὸ καὶ τὰ ὀνόματα τότε τίθενται, ὡς πιστεύοντες ἤδη τῇ σωτηρίᾳ. Cf. Aristote, *Hist. anim.*, VII, 12, p. 588 a, 8. — V. d'ailleurs sur les ἀμφιδρόμια, autre fête de famille qui se célèbre le cinquième jour, ce que nous disons ultérieurement à propos du droit d'exposer les nouveaux-nés.

(2) Bekker, *Anecd.*, p. 237, 26 : δεκάτην ἑστιᾶσαι τὸ τῇ δεκάτῃ ἡμέρᾳ τῆς γενέσεως τοῦ παιδὸς συγκαλεῖν τοὺς συγγενεῖς καὶ τοὺς φίλους καὶ τιθέναι ὄνομα τῷ παιδὶ καὶ εὐωχεῖν τοὺς συνεληλυθότας. Cf. Euripide, *Elect.*, 1126 ; Aristophane, *Aves*, 494 et 922 ; Athénée, XV, p. 688 D.

(3) Cf. Euripide, *Jon* : γενέθλια θύειν; Isée, *De Pyrrhi her.*, § 70. V. Hermann-Blümner, p. 282, note 6.

(4) V. Hermann-Blümner, p. 282, 283.

(5) A moins que cependant l'enfant n'en eût déjà reçu un le jour des Amphidromies. C'est ce qui résulte du texte d'Harpocration cité *supra*, note 1. Cf. Hermann-Blümner, p. 283. Haussoulier (*Vie municipale en Attique*, p. 12) commet donc une inexactitude, de langage tout au moins, lorsqu'il dit que c'est dans la phratrie que l'enfant recevait pour la première fois son nom. L'enfant était nommé bien avant sa présentation aux phratores.

cipe [1], par la mère aussi quelquefois, ou par les deux parents d'accord [2]. Ce nom est, assez ordinairement, s'il s'agit d'un premier né, celui du grand-père paternel, mais rien ne s'oppose à ce que ce soit celui d'un autre parent [3].

La cérémonie dont nous venons de parler a un caractère purement privé ; c'est une fête de famille, mais qui n'en présente pas moins un certain intérêt au point de vue juridique. Elle constitue, de la part du père de famille, une sorte de reconnaissance de sa paternité qui, plus tard, pourra être prise en considération lorsqu'il s'agira, en cas de contestation, d'établir la légitimité de la filiation. Aussi voyons-nous que, dans les procès de succession, l'allégation de la célébration de la δεκάτη joue un certain rôle. Mantithée dit notamment à ce sujet [4], dans un des plaidoyers de Démosthène [5], lorsqu'il combat l'affirmation de Bœotos que leur père Mantias a célébré la δεκάτη de ce dernier : « Mais nul de vous n'ignore, ce me semble, qu'on ne célèbre jamais le dixième jour d'un enfant si l'on ne croit pas en être le père légitime, et, d'autre part, qu'après avoir célébré le dixième jour, après avoir donné à un enfant l'affection qu'on porte à un fils, on ne se permet pas de le désavouer. » En supposant qu'un désaveu soit possible de la part du père de famille [6], la célébration par lui de la δεκάτη constituerait contre lui une fin de non recevoir tirée de la reconnaissance de fait de sa paternité. Aussi comprend-on qu'à raison de l'importance de la cérémonie à cet égard on

(1) Nous verrons ultérieurement que la dation du nom est un attribut de la puissance paternelle.

(2) Cf. Hermann-Blümner, p. 283.

(3) Cf. sur la dation, la forme et la signification des noms grecs, en général : Hermann-Blümner, p. 283, 284 et les autorités citées par cet auteur, p. 283, note 2; B. W. Leist, p. 721; Wilamowitz-Mœllendorf, *Aristoteles und seine Zeit*, t. II, p. 186 et s.

(4) Cf. Démosthène, *In Bœot.*, I, §§ 20, 22; II, § 28.

(5) *In Bœot.*, I, § 22.

(6) Par exemple, dans le cas où l'enfant serait né avant le cent quatre-vingt-unième jour du mariage.

ait soin d'y convoquer des parents qui pourraient venir plus tard en témoigner [1]. La dation du nom peut aussi, en fait, avoir une grande importance pour établir la parenté en cas de procès relatif à une succession, et cela précisément par la raison précédemment indiquée, qu'on donne ordinairement à l'enfant le nom de son aïeul paternel ou d'un autre parent [2]. La célébration de la δεκάτη, quoique constituant, en fait, un élément de preuve assez précieux pour la constatation de la filiation, n'est cependant point indispensable pour l'établir, et la preuve peut en être faite, indépendamment de cette cérémonie, par tous autres moyens.

Postérieurement à la célébration de la δεκάτη s'accomplit une autre formalité dont la portée est beaucoup plus incertaine, nous voulons parler de l'introduction de l'enfant dans la phratrie [3]. Cette cérémonie a lieu à une époque au sujet de laquelle les anciens auteurs ne paraissent pas d'accord, les uns en parlent, en effet, comme si elle devait s'accomplir peu de temps après la naissance de l'enfant [4]. Suivant d'au-

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 30 : καὶ οἱ αὐτοὶ θεῖοι οὗτοι ἐν τῇ δεκάτῃ τῆς θυγατρὸς ἀποφθανείσης εἶναι ὑπὸ τοῦ ἀδελφιδοῦ κληθέντες μεμαρτυρήκασι παραγενέσθαι.... οἱ δὲ τοῦ Πύρρου θεῖοι ἐν τῇ δεκάτῃ φάσκοντες παραγενέσθαι τὸ τῆς τήθης ὄνομα Κλειταρέτην τὸν πατέρα ἐμαρτύρησαν θέσθαι αὐτῇ.

(2) Aussi Démosthène, dans son plaidoyer contre Macartatos, § 46, a-t-il soin de relever tous les noms et de son adversaire et de ses ascendants et de dire qu'aucun de ces noms ne se retrouve dans la maison de Hagnias (dont la succession était litigieuse) et qu'il n'y avait même aucune ressemblance. Il établit, au contraire, en se fondant sur la similitude des noms, que son client doit appartenir à la maison de Hagnias.

(3) A Gortyne, les fils légitimes étaient probablement, de même que les enfants adoptifs, présentés à l'hétérie, association analogue à la phratrie, gardienne de l'état civil et base de toute l'organisation politique. Les hétères, témoins de cette présentation, sont les garants de la légitimité de leur naissance. Comme l'hétérie, ou ἀνδρεῖον, ne compte que des citoyens, les filles crétoises devaient être présentées à la tribu, πυλά. Il importait, en effet, de faire constater leur légitimité, puisqu'elles avaient leur part dans la succession paternelle, au moins dans le droit nouveau, et la succession revenait même toute entière à la fille patrôoque. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 411-413.

(4) Isée, *De Cir. her.*, § 19 : ὅ τε πατὴρ ἡμῶν, ἐπειδὴ ἐγενόμεθα, εἰς τοὺς φράτορας ἡμᾶς εἰσήγαγεν. Cf. Andocide, *De Myst.*, §§ 125 et s.

tres, l'introduction dans la phratrie doit avoir lieu régulièrement dans l'année qui suit la naissance [1]. Elle peut même, d'après certains témoignages, avoir lieu beaucoup plus tard, lorsque l'enfant a déjà trois ou quatre ans [2], ou même davantage [3]. Il n'y avait, selon toute probabilité, aucune règle fixe à cet égard. L'époque de la présentation à la phratrie est abandonnée à l'appréciation des parents. On peut dire seulement qu'une présentation tardive peut paraître suspecte et que, dans l'intérêt même de la légitimité de l'enfant, le père de famille doit présenter celui-ci le plus tôt possible à la phratrie [4].

Le jour de la présentation [5] de l'enfant à la phratrie est l'ἡμέρα κουρεῶτις [6], au troisième jour de la fête des Apaturies, fête principale des phratries. La cérémonie de l'introduction dans la phratrie consiste, d'une manière générale, dans un sacrifice, nommé κούρειον ou μεῖον [7], dans le vote

(1) Cf. Etym. magn. : 'Απατούρια.... ἢ ἐπειδὴ ἐν ταύτῃ τῇ ἑορτῇ τοὺς γεννωμένους ἐν τῷ ἐνιαυτῷ ἐκείνῳ παῖδας τότε ἐνέγραφον.

(2) Schol. Plat. *Tim.*, 21 : ἐν ταύτῃ (τῇ κουρεώτιδι) γὰρ τοὺς κόρους ἐνέγραφον εἰς τοὺς φράτερας, τριετεῖς ἢ τετραετεῖς ὄντας. Cf. Isée, *De Phil. her.*, § 21.

(3) 'Εφημ. 'Αρχ. 1888, p. 1 et s. l. 115 et s. : ὅπως δ'ἂν εἰδῶσι οἱ φράτερες τοὺς μέλλοντας εἰσάγεσθαι, ἀπογράφεσθαι τῷ πρώτῳ ἔτει ἢ ᾧ ἂν τὸ κούρεον ἄγῃ, τὸ ὄνομα πατρόθεν καὶ τοῦ δήμου καὶ τῆς μητρὸς πατρόθεν καὶ τοῦ δήμου πρὸς τὸν φρατρίαρχον τὸν δὲ φρατρίαρχον ἀπογραψαμένων ἀναγράψαντα ἐκτιθέναι ὅπου ἂν Δεκελέες προσφοιτῶσι· ἐκτιθέναι δὲ τὰ ὀνόματα ἀναγράψαντα ἐν σανιδίῳ λελευκομένῳ. — Les fils de Mantias et de Plangon paraissent n'avoir été introduits qu'assez tard dans la phratrie : Démosthène, *Adv. Bæot.*, I, § 4.

(4) Philippi, *Beitræge*, p. 99. Cf. sur l'époque de la présentation à la phratrie : Hermann-Thumser, p. 324 ; Van Den Es, p. 112 ; Gilbert, I, p. 212, 213.

(5) La présentation doit, d'après l'inscription des Démotionides, être précédée d'une déclaration au phratriarque avec inscription sur un tableau du nom du requérant. V. *supra*, note 3.

(6) Ainsi nommée de ce que la victime s'appelait κούρειον, nom qui venait luimême de ce qu'elle était offerte pour des enfants, κοῦροι, κοῦραι. Cf. Schol. Arist. *Ach.*, 146 ; Suidas, v° ἀπατούρια ; Bekker, *Anecd.*, 273 ; Etym. mag., § 33, 35. V. Gilbert, I, p. 213, 214 ; Hunziker, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apaturia*.

(7) C'est une question controversée que de savoir si le κούρειον est identique au μεῖον. Cf. sur ce point : Mommsen, *Heortol.*, p. 307 ; Hermann, *Zeitsch. f. Alterthumsw.*, 1835, p. 1142 ; Schœmann-Galuski, t. II, p. 684 ; Meier, Schœ-

des phratores et dans l'inscription de l'enfant sur le registre de la phratrie. Sans insister sur les détails du sacrifice, détails qui appartiennent plutôt à l'histoire du culte qu'à celle du droit, nous dirons seulement qu'il consiste dans un agneau ou une chèvre ou une certaine quantité de vin dont chaque membre de la phratrie reçoit une partie. Celui qui présente l'enfant immole la victime sur l'autel de Zeus φρατρίος, et la main sur l'autel, il prête serment, suivant la formule consacrée [1], que l'enfant est né d'un citoyen athénien et d'une femme unie à lui en légitime mariage [2]. La légitimité de ses assertions doit d'ailleurs, du moins à une certaine époque plus rigoureuse, être certifiée par le serment de plusieurs témoins [3]. Les phratores votent ensuite

mann et Lipsius, p. 342, note 165; Hermann-Thumser, p. 329; Hunziker, *loc. cit.*; Gilbert, I, p. 213.

(1) Isée, *De Cir. her.*, § 19 : ὅ τε πατὴρ ἡμῶν, ἐπειδὴ ἐγενόμεθα, εἰς τοὺς φράτορας ἡμᾶς εἰσήγαγεν, ὀμόσας κατὰ τοὺς νόμους τοὺς κειμένους ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς εἰσάγειν· τῶν δὲ φρατόρων οὐδεὶς ἀντεῖπεν οὐδ' ἠμφισβήτησε μὴ οὐκ ἀληθῆ ταῦτ' εἶναι, πολλῶν ὄντων καὶ ἀκριβῶς τὰ τοιαῦτα σκοπουμένων. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 54 : ἀλλὰ μὴν ὁ πατὴρ αὐτὸς ζῶν, ὀμόσας τὸν νόμιμον τοῖς φράτορσιν ὅρκον, εἰσήγαγεν ἐμὲ ἀστὸν ἐξ ἀστῆς ἐγγυητῆς αὐτῷ γεγενημένον εἰδὼς κτλ. — Cf. Ἐφημ. Ἀρχ., 1888, p. 1 et s. l. 70 et s.

(2) Ce serment est prêté κατὰ τοὺς νόμους (Isée. *De Cir. her.*, § 19), *supra*, note 1). Mais il faut entendre par là les lois de la phratrie, τὸν νόμιμον τοῖς φράτορσιν ὅρκον, suivant les expressions de Démosthène, *loc. cit.* Aussi, a-t-on prétendu, et non sans raison suivant nous, que ce serment n'est point exigé dans toutes les phratries. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543, note 166, qui font résulter cette solution des textes suivants : Isée, *De Apoll. her.*, § 16; *De Cir. her.*, § 19; Démosthène, *C. Eubul.*, § 54, rapprochés d'Andocide, *De Myster.*, § 127, et Démosthène, *In Neæram*, § 60. *Contra* : Hermann-Thumser p. 326, note 3 et p. 331, note 2.

(3) Ἐφημ. Ἀρχ., *loc. cit.* l. 67 et s. : τὰ μὲν ἄλλα κατὰ τὰ πρότερα ψηφίσματα, ἃ κεῖται περὶ τῆς εἰσαγωγῆς τῶν παίδων καὶ τῆς διαδικασίας, τοὺς δὲ μάρτυρας τρεῖς οὓς εἴρηται ἐπὶ τῇ ἀνακρίσει παρέχεσθαι ἐκ τῶν ἑαυτοῦ θιασωτῶν, μαρτυροῦντας τὰ ὑπερωτωμένα καὶ ἐπομνύντας τὸν Δία τὸν φράτριον. — La formule de ce serment est la suivante (*ibid.*, l. 107 et s.) : ὅρκος μαρτύρων ἐπὶ τῇ εἰσαγωγῇ τῶν παίδων· μαρτυρῶ, ὃν εἰσάγει ἑαυτῷ υἱὸν εἶναι, τοῦτον γνήσιον ἐκ γαμετῆς. ἀληθῆ ταῦτα νὴ τὸν Δία τὸν Φράτριον. εὐορκοῦντι μὲν μοι πολλὰ καὶ ἀγαθὰ εἶναι. εἰ δ' ἐπιορκοίην, τἀναντία.

solennellement, du haut de l'autel de Jupiter, sur la réception de l'enfant [1]. Le résultat du vote dépend évidemment des parents de celui qui présente l'enfant, car l'introduction de celui-ci dans la phratrie, si elle ne crée pas sa légitimité, qui, selon nous, en est indépendante, en fournit cependant une preuve très importante; elle consacre en fait l'anchistie de l'enfant et dépouille les parents de leurs droits éventuels sur la succession de l'auteur de la présentation. Aussi avons-nous vu, en exposant les faits qui ont donné lieu au plaidoyer d'Isée sur la succession de Philoctémon [2] que l'opposition de celui-ci avait amené les phratores à rendre un vote négatif lorsqu'Euctémon présenta à la phratrie l'enfant d'Alcé dont la reconnaissance aurait porté une atteinte sensible aux droits successoraux de Philoctémon.

L'institution des thiases, associations religieuses qui se formaient dans l'intérieur de la phratrie, et dont la création procède vraisemblablement des réformes de Clisthène [3], entraîna quelques modifications dans la procédure d'introduction dans la phratrie [4]. Ainsi d'abord les témoins certificateurs du serment prêté par le père de l'enfant, durent naturellement être pris de préférence dans le θίασος auquel

(1) Cf. Démosthène, *Adv. Macart.*, § 14. Il pouvait d'ailleurs y avoir ballotage même en l'absence de toute opposition : v. *ibid.*, § 32 ; 'Εφημ. 'Αρχ., *loc. cit.*, l. 70-105. Cf. Hermann-Thumser, p. 326.

(2) V. *supra*, p. 59 et s.

(3) Hermann-Thumser, p. 398. V. sur l'institution des thiases, le même auteur, p. 321 et s. et Schœmann-Galuski, t. I, p. 414.

(4) Les règles que nous allons exposer concernant le rôle des thiases sont empruntées à la célèbre inscription des Demotionides. Bien qu'elles n'aient été posées que pour une phratrie particulière, on peut présumer que la plupart des phratries avaient admis un règlement semblable à celui qui était applicable dans celle des Démotionides. Les dispositions de ce règlement sont, du reste, visiblement inspirées de l'esprit de réaction qui prévalait à l'époque où il a été voté (396-395) et qui cherchait à purifier autant que possible la cité et les différentes associations qui la composaient des éléments étrangers qui s'y étaient introduits d'une manière qui commençait à devenir inquiétante.

appartenait le requérant [1], et c'est seulement dans le cas où le thiase ne pouvait pas en fournir le nombre nécessaire qu'ils étaient pris dans le reste de la phratrie. Suit alors une diadicasie [2] par le thiase dont fait partie celui qui présente l'enfant, et les thiasotes votent séparément et au scrutin secret sur la réception [3]. Le phratriarque procède, devant la phratrie assemblée, au dépouillement de ce scrutin et en proclame le résultat [4]. Si le vote des thiasotes est favorable à la réception, mais si les phratores, appelés ensuite à se prononcer sur la question, se prononcent en sens contraire, les membres du thiase, s'ils se sont rendus coupables de fraude ou de négligence, sont condamnés à une amende de 100 drachmes, à l'exception seulement de ceux qui, dans le cours de la diadicasie, se sont opposés à l'admission [5]. Dans le cas où la décision du thiase est contraire à l'admission, le requérant peut en appeler à la phratrie toute entière. Si celle-ci confirme la décision du thiase, l'appelant est condamné à la même amende de 100 drachmes [6]. Dans le cas contraire, l'enfant présenté est considéré comme faisant partie de la phratrie [7]. Si le requérant ne forme

(1) V. *supra*, p. 345, note 3.

(2) V. sur la signification de la diadicasie dans cette procédure, G. A. Leist, p. 22 et s.

(3) Ἐφημ. Ἀρχ., *loc. cit.* l. 77 et s.: δταν δὲ ᾖ ἡ διαδικασία, ὁ φρατρίαρχος μὴ πρότερον διδότω τὴν ψῆφον περὶ τῶν παίδων τοῖς ἅπασι φράτερσι, πρὶν ἂν οἱ αὐτοῦ τοῦ εἰσαγομένου θιασῶται κρύβδην ἀπὸ τοῦ βωμοῦ φέροντες τὴν ψῆφον διαψηφίσωνται.

(4) *Ibid.* l. 83 et s. : καὶ τὰς ψήφους τὰς τούτων ἐναντίον τῶν ἁπάντων φρατέρων παρόντων ἐν τῇ ἀγορᾷ ὁ φρατρίαρχος διαριθμησάτω καὶ ἀναγορευέτω, ὁπότερ' ἂν ψηφίσωνται.

(5) *Ibid.*, l. 87 et s.: ἐὰν δὲ ψηφισαμένων τῶν θιασωτῶν εἶναι αὐτοῖς φράτερα οἱ ἄλλοι φράτερες ἀποψηφίσωνται, ὀφειλόντων ἑκατὸν δραχμὰς ἱερὰς τῷ Διὶ Φρατρίῳ οἱ θιασῶται πλὴν ὅσοι ἂν τῶν θιασωτῶν κατήγοροι ἢ ἐναντιούμενοι φαίνωνται ἐν τῇ διαδικασίᾳ.

(6) *Ibid.*, l. 97 et s. : ἐὰν δὲ ἀποψηφίσωνται οἱ ἅπαντες, ὀφειλέτω ἑκατὸν δραχμάς.

(7) *Ibid.*, l. 93 et s. : ἐὰν δὲ ἀποψηφίσωνται οἱ θιασῶται, ὁ δὲ εἰσάγων ἐφῇ εἰς τοὺς ἅπαντας, τοῖς δὲ ἅπασι δόξῃ εἶναι φράτηρ, ἐγγραφέσθω εἰς τὰ κοινὰ γραμματεῖα.

pas appel contre la décision défavorable du thiase, elle a immédiatement force de chose jugée [1]. Lors du vote de la phratrie, les thiasotes doivent s'abstenir [2].

Tout n'est point encore terminé et le vote d'admission de la phratrie peut être remis en question. Si, en effet, l'on prétend que l'admission est irrégulière, les phratores peuvent être appelés de nouveau à statuer sur la question après une diadicasie [3]. Si les phratores reconnaissent que la réception n'a pas été régulière, celui qui a présenté l'enfant est puni d'une amende de 100 drachmes [4] qui est perçue par le prêtre et le phratriaque, et ceux-ci doivent procéder, sur leurs registres respectifs, à la radiation du nom de la personne qui y a été indûment inscrite à la suite de la première décision de la phratrie [5]. Cette procédure semble, au premier abord, contraire au principe de la chose jugée, et il paraît étrange de confier la révision de la décision à la même assemblée qui a déjà statué la première fois. Il est facile cependant de l'expliquer, si l'on songe que la première décision est généralement assez précipitée et qu'elle concerne un grand nombre de personnes à la fois. La procédure, qui a été assez sommaire la première fois, est beaucoup plus sérieuse la seconde fois; l'appelant est mis en présence des avocats de la phratrie, et les phratores statuent en bien meilleure connaissance de cause. On en appelle ainsi du

(1) *Ibid.*, l. 97 et s. : ἐὰν δὲ ἀποψηφισαμένων τῶν θιασωτῶν μὴ ἐφῇ εἰς τοὺς ἅπαντας, κυρίχ ἔστω ἡ ἀποψήφισις ἡ τῶν θιχσωτῶν.

(2) *Ibid.*, l. 102 et s. : οἱ δὲ θιασῶται μετὰ τῶν ἄλλων φρατέρων μὴ φερόντων τὴν ψῆφον περὶ τῶν παίδων τῶν ἐκ τοῦ θιάσου ἑχυτῶν.

(3) *Corp. inscr. att.*, II, 841 *b*, l. 13 et s. : ὁπόσοι μήπω διεδικάσθησαν κατὰ τὸν νόμον τὸν Δημοτιωνιδῶν, διαδικάσαι περὶ αὐτῶν (il s'agit de ceux qui ont été déjà reçus dans la phratrie) τοὺς φράτερας αὐτίκα μάλα ὑποσχομένους πρὸς τοῦ Διὸς τοῦ Φρατρίου, φέροντας τὴν ψῆφον ἀπὸ τοῦ βωμοῦ.

(4) *Ibid.*, l. 22 : ὁ δὲ εἰσαγαγὼν τὸν ἀποδικασθέντα ὀφειλέτω ἑκατὸν δραχμάς.

(5) *Ibid.*, l. 18 et s. : ὅς δ'ἂν δόξῃ μὴ ὢν φράτηρ εἰσαχθῆναι, ἐξαλειψάτω τὸ ὄνομα αὐτοῦ ὁ ἱερεὺς καὶ ὁ φρατρίαρχος ἐκ τοῦ γραμματείου τοῦ ἐν Δημοτιωνιδῶν καὶ τοῦ ἀντιγράφου, εἰσπράττειν δὲ τὸ ἀργύριον τοῦτο τὸν ἱερέα καὶ τὸν φρατρίαρχον.

juge mal ou peu informé au juge mieux informé, comme dans notre procédure moderne de l'opposition aux jugements par défaut ou de la requête civile [1].

Ce que nous venons de dire du rôle des thiases relatif à l'introduction des enfants dans la phratrie ne serait peut-être point d'ailleurs une innovation dans le droit attique, si l'on admet, ce qui est fort vraisemblable, que les associations de thiases, dans le sein d'une phratrie, correspondent, du moins dans une certaine mesure, aux associations des ὀργεῶνες, et si l'on considère ces dernières comme étant, sauf l'origine de leurs membres, de même nature que celles des γεννῆται.

Au surplus, même après l'institution des thiases, la *gens* dut continuer à jouer un rôle semblable à celui du thiase lors de l'admission de nouveaux membres dans la phratrie. Nous verrons qu'en matière d'adoption l'adopté est le sujet d'une initiation religieuse dans la *gens* aussi bien que dans la phratrie [2]. Nous avons de même un texte qui, à propos de l'introduction d'un enfant légitime dans la phratrie, fait voir que la *gens* peut avoir dans cette procédure les mêmes attributions que le thiase. Démosthène [3] nous dit, en effet, que le jour où Phrastor présenta l'enfant né de la fille de Nééra à la phratrie et en même temps (ou plutôt préalablement) à la *gens* des Brytides, les membres de celle-ci votèrent contre l'admission et refusèrent de l'inscrire comme un des leurs. Phrastor n'ayant pas voulu prê-

(1) Le phratriarque doit, chaque année, procéder aux diadicasies nécessaires sous peine d'une amende de 500 drachmes. *Corp. inscr. attic.*, II, 841, *b*, l. 45 et s. : ἐπιψηφίζειν δὲ τὸν φρατρίαρχον, περὶ ὧν ἂν διαδικάζειν δέῃ, κατὰ τὸν ἐνιαυτὸν ἕκαστον· ἐὰν δὲ μὴ ἐπιψηφίσῃ, ὀφειλέτω πεντακοσίας δραχμὰς ἱερὰς τῷ Διὶ τῷ Φρατρίῳ. — V. au surplus sur la procédure dont nous venons de tracer les lignes générales, Schœll, *Die kleisthenischen Phratrien*, *in Sitzungsberichten der philos. philol. u. histor. Classe der k. bayer. Akad. d. Wiss.*, 1889, t. II, 1re liv.

(2) V. *infra*, chap. II, De l'adoption.

(3 *In Neæram*, § 59.

ter le serment exigé par les Brytides, à savoir que, dans sa conviction, l'enfant était un fils né d'une femme athénienne et en légitime mariage, les choses n'allèrent pas plus loin et la phratrie n'eut pas à intervenir. La décision négative de la *gens*, de même que celle du thiase, est donc définitive lorsque l'intéressé n'en appelle pas.

Lorsque l'enfant a été définitivement admis dans la phratrie, il est inscrit sur le registre de l'association, κοινὸν γραμματεῖον, ou, plus exactement, sur les deux exemplaires de ce registre, car, d'après l'inscription des Démotionides [1], le prêtre et le phratriarque auraient tenu chacun une liste des membres de l'association [2]. Cette inscription, comme du reste les formalités qui la précèdent, ont lieu pour les filles aussi bien que pour les garçons [3], et cela se comprend malgré le rôle effacé des femmes, car celles-ci n'en ont pas moins quelquefois à exercer des droits importants qui sont fondés sur la filiation.

La présentation des enfants légitimes à la phratrie est une obligation pour le père, et l'on conçoit que la loi lui impose l'accomplissement d'une formalité qui, si elle ne crée pas l'anchistie, est du moins un élément de preuve très important. Aussi voyons-nous que Mantias, lorsqu'il a été amené, par suite de la fraude de Plangon, à reconnaître la légitimité des enfants nés de celle-ci, se trouve par là-même forcé de les introduire dans sa phratrie [4].

Nous avons maintenant à déterminer la portée de cette formalité. On l'a, à notre avis, beaucoup exagérée, en disant que l'introduction de l'enfant dans la phratrie est une

(1) V. *supra*, p. 348, note 5.

(2) Schœll, *loc. cit*., p. 8, note 1. Pour plus de sécurité, à Athènes, les actes les plus importants étaient souvent conservés en double exemplaire. V. *Corp. insc. att.*, I, 32, 11; Andocide, *De Myst.*, § 79.

(3) V. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 73, 76. Cf. Van den Es, p. 103; Haussoullier, p. 12; Hermann-Thumser, p. 324.

(4) Démosthène, *Adv. Bœot.*, I, § 3 et s. et II, § 11 et s. Cf. Hruza, I, p. 137.

condition nécessaire, au fond et juridiquement, de l'exercice des droits fondés sur la parenté et qu'elle crée ainsi au profit de l'enfant l'anchistie avec tous les droits qu'elle comporte, notamment le droit de succession. Le défaut d'inscription entraîne ainsi l'illégitimité de l'enfant et fait présumer l'absence d'un mariage. On invoque, en ce sens, une définition de Suidas, où il est dit, à propos des φράτορες : τὸ δὲ γράφεσθαι εἰς τοὺς φράτορας σύμβολον εἶχον τῆς συγγενείας. Un passage de Démosthène laisse également supposer qu'il n'y a pas de mariage légal sans introduction à la phratrie des enfants qui en naissent. Apollodore voulant, en effet, indiquer les caractères du mariage dit : τὸ γὰρ συνοικεῖν τοῦτ᾽ ἐστὶν, ὃς ἂν παιδοποιῆται καὶ εἰσάγῃ εἴς τε τοὺς φράτορας καὶ δημότας τοὺς υἱεῖς, καὶ τὰς θυγατέρας ἐκδιδῷ ὡς αὑτοῦ οὔσας τοῖς ἀνδράσιν [1]. On pourrait aussi invoquer dans le même sens le témoignage d'Eustathius qui définit la phratrie «un corps tenant registre des naissances pour constater que les enfants sont citoyens [2].» En conséquence, l'omission par le père de famille d'introduire son enfant dans la phratrie, entraîne l'illégitimité de celui-ci. Aussi, dans le plaidoyer pour l'héritage de Pyrrhus, l'orateur, pour démontrer que la fille de Pyrrhus était née d'une simple concubine et, par suite, n'était point légitime, s'attache-t-il principalement à ce fait que l'enfant n'a pas été introduit dans la phratrie [3]. Dans ce système, l'inscription sur le registre de la phratrie est le préliminaire indispensable de l'inscription qui sera plus tard effectuée sur le registre du dème et qui viendra ajouter à la jouissance des droits civils, résultant de la première inscription, celle des droits politiques [4].

(1) Démosthène, *In Neæram*, § 122.

(2) Eustathius, sur l'*Iliade*, p. 735, 49 : φράτορες... σύστημα τοὺς τικτομένους ἀπογραφομένον ὥστε φανεροὺς εἶναι ὅτι πολῖται εἰσι.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 73.

(4) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 103 ; Philippi, *Beitræge*, p. 99-100 : Platner, *Beitræge*, p. 113 ; Gilbert, I, p. 212. — Cf. dans le même sens :

Cette théorie attache, à notre avis, une importance trop considérable à l'inscription sur le registre de la phratrie. Cette formalité, selon nous, est d'ordre purement réglementaire ; elle sert à faciliter la preuve de la filiation, mais elle n'est nullement une condition de l'ἀγχιστεία. L'opinion que nous écartons attribue aux phratries un rôle qu'elles ont cessé de jouer à partir de Clisthène. Le réformateur a, sans doute, laissé substituer les anciennes associations connues sous le nom de *gentes* ou de phratries [1], et elles ont pu continuer longtemps encore à fonctionner à côté des nouvelles communautés établies par Clisthène, les dèmes et les tribus. Mais, croyons-nous, les *gentes* et les phratries n'ont eu dès lors qu'un caractère purement religieux et elles ont dû perdre toutes les attributions qu'elles pouvaient posséder, tant au point de vue politique que même au point de vue civil. Ces attributions ne se comprenaient plus d'ailleurs entre leurs mains, puisque les dèmes étaient là désormais pour les remplir. Aussi, d'après Aristote [2], la jouissance de droit de cité n'est-il subordonné en aucune façon au rattachement à une phratrie. Cet auteur ne laisse point non plus supposer que l'inscription sur le registre du dème, le ληξιαρχίκον γραμματεῖον soit soumise à la condition d'une inscription préalable sur le registre de la phratrie, le κοινὸν γραμματεῖον. Tout ce qu'il exige pour l'inscription sur le premier de ces registres, c'est que l'impétrant ait l'âge requis et soit né en légitime mariage de deux personnes jouissant du droit de cité [3], mais il n'est pas plus question d'une inscrip-

Egger : *Observations sur l'institution qui correspondait chez les Athéniens à notre état civil, in Revue archéologique*, 1861. t. 2, p. 169 et s.

(1) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 21 : τὰ δὲ γένη καὶ τὰς φρατρίας καὶ τὰς ἱερωσύνας εἴασεν ἔχειν ἑκάστους κατὰ τὰ πάτρια.

(2) *Constit. des Athén.*, c. 42.

(3) *Ibid.* : ὅταν δ'ἐγγράφωνται, διαψηφίζονται περὶ αὐτῶν ὀμόσαντες οἱ δημόται, πρῶτον μὲν εἰ δοκοῦσι γεγονέναι τὴν ἡλικίαν τὴν ἐκ τοῦ νόμου.... δεύτερον δ'εἰ ἐλεύθερος ἐστι καὶ γέγονε κατὰ τοὺς νόμους.

tion antérieure sur le registre de la phratrie que de la vérification de la légitimité sur le fondement de ce registre. C'est ce qui explique, comme l'observe Hruza [1], que, dans le cas des fils de Mantias, l'adversaire de Mantithée, qui a été reçu dans la phratrie sous le nom de Bœotos, ait été inscrit dans le dème sous un autre nom, celui de Mantithée qui est revendiqué par les deux parties [2]. L'introduction dans la phratrie n'a, selon nous, au moins depuis Clisthène, qu'un but religieux : c'est l'association au culte des phratores, de même que la réception dans la *gens* ou dans le thiase est l'association au culte plus restreint des gennètes ou des thiasotes. Le caractère religieux de cette formalité se révèle principalement dans le sacrifice que doit offrir aux dieux de la phratrie celui qui présente l'enfant, sacrifice que l'on ne retrouve plus lorsqu'il s'agit de l'introduction dans le dème. Il se manifeste aussi par le rôle important joué par le thiase, association purement religieuse, dans la procédure d'introduction. Celle-ci peut donc bien, si l'on veut, créer une ἀγχιστεία, mais c'est, suivant l'expression consacrée, l'ἀγχιστεία ἱερῶν [3] : l'anchistie civile, ἀγχιστεία ὁσίων, est absolument indépendante de la formalité qui nous occupe et elle dérive du seul fait de la naissance en légitime mariage.

Les arguments que l'on a fournis à l'appui de la thèse

(1) I, p. 138, note 7.

(2) Démosthène, *In Bœotum*, I, § 5. Dans le plaidoyer contre Léocharès, Démosthène parle également du cas de Léostratos qui n'a fait inscrire Léocharès à la phratrie qu'après avoir affectué l'inscription sur le registre du dème. Il est vrai que l'orateur signale ce procédé comme contraire aux lois, παρὰ πάντας τοὺς νόμους, mais ces νόμοι sont probablement plutôt des usages que des lois.

(3) Hruza (I, p. 137, note 7) enseigne que la décision des phratores n'a qu'un effet déclaratif et nullement constitutif, et qu'un citoyen appartient à sa phratrie en vertu de sa naissance ou de l'adoption, mais non par l'effet de l'acte de réception. C'est peut-être, à notre avis, réduire un peu trop la portée de la procédure d'introduction dans la phratrie.

contraire ne sont nullement convaincants. Ainsi d'abord quand Suidas considère l'inscription sur le registre de la phratrie comme le σύμβολον τῆς συγγενείας, il veut dire simplement que cette formalité constitue une preuve, un indice de la parenté, mais il ne la considère point nécessairement comme le fondement de l'anchistie [1]. Le mariage a bien, d'autre part, pour conséquence normale l'introduction dans la phratrie des enfants qui naissent de cette union, à la différence de ce qui a lieu pour les enfants qui naissent des unions irrégulières, et les orateurs peuvent tirer de l'omission de cette formalité un argument très fort contre la légitimité d'un enfant. Mais il n'en résulte point que celle-ci ne puisse pas être établie indépendamment de toute inscription sur le κοινὸν γραμματεῖον, sinon les orateurs n'auraient pas à se préoccuper d'autre chose que de l'existence ou du défaut de cette inscription. Celle-ci présente, nous le reconnaissons, une très grande utilité, non-seulement parce qu'elle implique la reconnaissance de l'enfant par le père, mais aussi parce qu'elle suppose l'adhésion des phratores, parmi lesquels se trouvent les principales personnes intéressées à contester plus tard la filiation. Si cependant le défaut d'inscription peut rendre quelquefois très difficile la preuve de la filiation, et s'il peut faire présumer facilement l'illégitimité de l'enfant, il ne l'entraîne pas nécessairement. Nous ne saurions mieux faire que de comparer, au point de vue que nous examinons, l'inscription sur le registre de la phratrie à celle qui se pratique aujourd'hui sur les registres de l'état civil. Cette dernière fait preuve, en principe, de la filiation légitime, mais cette filiation en est indépendante et peut être établie autrement [2].

(1) La même observation peut s'appliquer au témoignage d'Eustathius, auquel d'ailleurs on ne saurait accorder *a priori* une grande autorité, car il émane d'un auteur à qui le sens des institutions qu'il décrit et qui fonctionnaient plusieurs siècles auparavant, pouvait très bien échapper.

(2) V. en ce sens, Hruza, I, p. 136. Cf. ce que nous avons dit précédemment

En supposant que, par une cause quelconque, la preuve de la filiation résultant normalement de l'inscription sur le registre ait été détruite [1], cette preuve peut certainement se faire, comme nous dirions en droit moderne, par la commune renommée, notamment par le serment des membres de la phratrie à laquelle on prétend appartenir [2].

L'adoption comporte, comme nous le verrons, des formalités semblables à celles que nous venons d'examiner, mais, à notre avis, ces formalités ne créent pas plus la parenté civile découlant de l'adoption que la parenté naturelle dérivant du mariage [3].

L'introduction dans la phratrie est également la procédure suivie pour la légitimation d'un enfant naturel, du moins dans le système de ceux qui admettent la possibilité d'une pareille légitimation dans le droit attique [4]. Nous rappelons enfin que, dans la théorie du concubinat légitime, les enfants nés d'une union de ce genre n'acquièrent la plénitude des droits de filiation qu'à la suite de leur introduction dans la phratrie par leur père [5].

L'inscription sur le registre de la phratrie est suivie, mais quand l'enfant a atteint l'âge de la majorité, d'une inscription sur le registre du dème qui lui confère la πολιτεία. Il n'y a lieu, entre ces deux inscriptions, à aucune autre formalité analogue qui, du reste, n'aurait aucune raison d'être. On a, il est vrai, prétendu que l'on procédait à une seconde inscription sur le registre de la phratrie lorsque l'enfant avait

concernant la signification de la γαμηλία à propos de la formation du mariage: *supra*, p. 151 et s.

(1) Egger (*loc. cit.*) a cru voir dans une plaque de cuivre de sept centimètres sur cinq, découverte en Phénicie, une pièce constatant l'état civil d'un citoyen athénien, soit comme simple marque d'identité personnelle, soit comme passe-port et sauf-conduit.

(2) Arg. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 26. Cf. Ciccotti, p. 76.

(3) V. *infra*, chap. II, De l'adoption.

(4) V. *infra*, sect. VII, Des enfants naturels.

(5) V. *supra* p. 87.

atteint l'âge de la puberté, inscription qui, suivant certains auteurs, aurait lieu même pour les filles [1]. Mais cette opinion est aujourd'hui généralement abandonnée. Elle n'a pour fondement, en effet, que les passages de deux grammairiens [2], qui sont tombés eux-mêmes dans l'erreur. Ils ont cru à la possibilité d'une double inscription en interprétant inexactement les sources qu'ils avaient à leur disposition, et qui parlent de l'introduction de l'enfant dans la phratrie tantôt immédiatement après sa naissance ou dans ses premières années, tantôt dans l'année ᾧ ἂν τὸ κούρειον θύσῃ. Au surplus, cette nouvelle introduction dans la phratrie, qui serait du reste inexplicable pour les filles, puisqu'elles ne font point partie de l'association religieuse, ne saurait comporter aucun effet juridique, à supposer que l'on doive admettre qu'elle ait été réellement pratiquée [3].

§ 3. *Effets de la filiation légitime.*

Les effets de la filiation légitime peuvent se diviser en deux séries ; les uns s'appliquent dans les rapports de l'enfant avec ses deux auteurs ou leurs parents ; les autres se limitent à ses rapports avec son père.

En ce qui concerne d'abord les effets de la dernière série, que nous nous bornerons à énumérer, le plus important

(1) Cf. Hermann, *Zeitsch. f. d. Altwiss.*, 1835, p. 1133 et *Staatsalt.*, § 99; Platner, *Beitræge*, p. 147; Bœckh, *Ind. lect. Berol.*, 1819, p. 4.

(2) Pollux, VIII, 107 : εἰς τούτους τούς τε κόρους, καὶ τὰς κόρας εἰσῆγον· καὶ εἰς ἡλικίαν προελθόντων, ἐν τῇ καλουμένῃ κουρεώτιδι ἡμέρᾳ ὑπὲρ μὲν τῶν ἀρρένων τὸ κούριον ἔθυον, ὑπὲρ δὲ τῶν θηλειῶν τὴν γαμηλίαν. Cf. Etym. Magn., v⁰ γαμήλια. Cf. *supra*, p. 147 et s., pour l'erreur commise par les lexicographes en ce qui concerne la signification de la γαμήλια.

(3) Cf. en ce sens : Meier, *De gentil.*, p. 17; Schœmann, *Antiq.*, p. 208; Van den Es, p. 112 ; Schæfer, *Demosthenes u. seine Zeit*, III, 2, 21 et s., Mommsen, *Heortol.*, p. 306 et s.; Philippi, *Beitræge*, p. 102; Hermann-Thumser p. 330; Gilbert, I, p. 218.

consiste en ce que l'enfant est soumis à la puissance paternelle. Nous consacrerons un chapitre spécial à l'étude de cette puissance [1].

Dans le droit romain, le père de famille communique à son descendant sa qualité de citoyen romain. A Athènes, il faut distinguer, à cet égard, suivant les périodes. Avant les décrets de Périclès et d'Aristophon, le citoyen athénien qui épouse une étrangère (et nous avons admis que ce mariage est valable) communique bien aux enfants qui naissent de ce mariage tous les droits civils ou politiques qu'il possédait lui-même. Mais, depuis les décrets provoqués par ces hommes d'Etat, le citoyen qui épouse une étrangère (et nous avons vu que les mariages mixtes sont restés valables) [2] ne confère plus à ses enfants, bien que légitimes, le droit de cité, réservé désormais aux enfants dont le père et la mère en même temps sont citoyens d'Athènes.

A Rome, le père de famille communique, d'une manière générale, à son descendant sa condition juridique et son rang social : si, par exemple, le père est patricien ou sénateur, l'enfant naît patricien ou a le rang de fils de sénateur [3]. Il existe quelque chose de semblable à Athènes. Abstraction faite d'abord de la considération qui s'attache naturellement aux enfants d'un citoyen éminent et qui a bien mérité de sa patrie [4], ces enfants jouissent quelquefois des faveurs accordées à leur père en récompense des services par lui rendus. C'est ainsi que la σίτησις ἐν Πρυτανείῳ, ou

(1) En ce qui concerne spécialement les rapports des enfants avec leur mère, on a prétendu que la tutelle de la veuve, lorsque celle-ci ne retourne point chez son kyrios et demeure dans la maison du défunt, appartient à son fils majeur. On a enseigné, d'autre part, que lorsqu'il s'agit spécialement d'une épiclère, la majorité de ses fils a pour effet de leur conférer la tutelle de leur mère en qualité de kyrioi. Mais ces propositions sont très contestables, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

(2) V. *supra*, p. 190 et s.

(3) L. 6 et 7, D. *De senat.*, I, 9.

(4) Cf. Aristote, *Polit.*, III, 7, § 7.

nourriture au Prytanée aux frais de l'Etat, peut être accordée à un citoyen et à ses enfants [1]. De même, les enfants succèdent quelquefois à l'ἀτελεία ou exemption de certaines charges publiques conférée à leur père [2]. Par contre, l'atimie, avec toutes les conséquence qu'elle comporte, peut se transmettre aux enfants. Si, par exemple, un débiteur du fisc meurt insolvable et frappé d'atimie, ses héritiers se trouvent à leur tour débiteurs de l'Etat et sont frappés d'atimie jusqu'à parfait paiement [3]. C'est ainsi que, selon Cornelius Nepos [4], Cimon fut retenu en prison jusqu'à ce qu'il eût acquitté l'amende infligée à son père Miltiade, le vainqueur de Marathon. Il semble même résulter d'un discours attribué à Démosthène [5] que les fils de ceux qui avaient été condamnés à mort se trouvaient frappés de l'incapacité de parler dans l'assemblée du peuple [6]. Quand les privilèges exclusifs de la noblesse eurent été abolis par Solon, il n'y eut plus, au point de vue civil ou politique, d'intérêt pour les enfants à descendre d'un père noble ou roturier, puisque tous les citoyens furent admis au partage des droits civiques. La démarcation entre les différentes classes établies par la constitution de Solon étant fondée uniquement sur la fortune, les citoyens n'étaient point immuablement attachés à la classe de leur père, comme à Rome les patriciens et les plébéiens. Par suite, à cet égard, la règle que l'enfant suit

Les enfants ne peuvent toutefois jouir de cette faveur qu'autant qu'ils restent juridiquement dans la famille de leur père. C'est ce qui résulte notamment du plaidoyer de Démosthène contre Théocrine, § 30. V. *infra*, chap. II, De l'adoption.

(2) V. *infra*, liv. II. tit. VI, chap. I.

(3) Démosthène, *C. Androt.*, § 33; *C. Timocr.*, § 201; *C. Theocr.*, § 17.

(4) *Cimon*, § 1.

(5) *C. Aristogit.*, § 30. Cf. Van den Es, p. 144.

(6) Le lien qui unit le fils au père se manifeste encore à cet autre point de vue que le fils est admis à prêter serment relativement à un fait imputé à son père. Démosthène, *C. Callip.*, § 17; *Adv. Timoth.*, §§ 42 et s. Cf. Van den Es, p. 144.

la condition juridique de son père, présente à Athènes beaucoup moins d'intérêt qu'à Rome.

En ce qui concerne maintenant les effets de la première série, les principaux sont les suivants :

1° La filiation légitime engendre la parenté nommée ἀγχιστεία, c'est-à-dire la parenté donnant aux personnes qu'elle unit certains droits, et, par contre, établissant entre elles certaines incapacités.

Dans le droit romain, la filiation *ex justis nuptiis* n'engendre pas seulement la cognation, ou parenté fondée sur les liens du sang, et qui existe pour l'enfant à la fois vis-à-vis de son père et des cognats de son père et vis-à-vis de sa mère et des cognats de sa mère, elle engendre également l'agnation, ou parenté civile, qui ne rattache l'enfant qu'au *pater* et aux cognats du *pater*. L'agnation, qui peut provenir également des autres sources de la *patria potestas* (adrogation, adoption, légitimation), a pour base la puissance paternelle et, pour ce motif, elle est une restitution du *jus civile* [1]. Le droit attique paraît ignorer une semblable distinction, et cela se conçoit très bien *a priori*, puisque la base même de cette distinction, à savoir l'existence d'une puissance paternelle ayant un caractère propre et de *jus civile* fait défaut à Athènes. Dans la législation athénienne, les enfants nés en légitime mariage sont donc rattachés à la fois à leur père et à leur mère, ainsi qu'à tous les parents de ceux-ci sans distinction, par un lien de parenté de même nature. Ce lien peut varier sans doute selon les cas, et suivant qu'il produit ou des effets plus ou moins étendus au point de vue successoral, il constitue soit l'ἀγχιστεία, soit simplement la συγγένεια [2]. Mais l'anchistie, à la différence de l'agnation, peut exister vis-à-vis de la mère et des parents par la mère aussi bien que vis-à-vis du père et des parents de celui-ci.

(1) Cf. Accarias, I, no 95-4°; May, I, n° 91.

(2) V. sur cette différence, *infra*, liv. II, tit. VI, chap. I, Des successions.

On a cependant prétendu que dans le droit grec, de même que dans le droit hindou ou dans le droit romain primitif, il ne peut pas y avoir de parenté par les femmes. Fustel de Coulanges [1], faisant ici l'application de sa remarquable théorie sur la religion domestique, théorie qui a expliqué nombre de questions juridiques restées jusque là fort obscures, enseigne que le principe de la parenté n'est point la naissance mais le culte. Ainsi, dit-il, d'après Platon, la parenté est la communauté des mêmes dieux domestiques [2]. Quand, d'autre part, Démosthène veut prouver que deux hommes sont parents, il montre qu'ils pratiquent le même culte et offrent le repas funèbre au même tombeau. L'impossibilité d'une parenté par les femmes résultait d'ailleurs de ce que le droit de faire des sacrifices au foyer ne se transmettait que de mâle en mâle et que le culte des morts ne s'adressait aussi qu'aux descendants en ligne masculine, la femme, dans l'opinion des générations anciennes, ne transmettant ni l'être ni le culte. Enfin, dit Fustel de Coulanges, « comment le fils aurait-il eu une famille maternelle ? Sa mère elle-même, les jours où les rites sacrés du mariage avaient été accomplis, avait renoncé d'une manière absolue à sa propre famille ; depuis ce temps, elle avait offert le repas funèbre aux ancêtres de l'époux, comme si elle était devenue leur fille, et elle ne l'avait plus offert à ses propres ancêtres parce qu'elle n'était plus censée descendre d'eux. Elle n'avait conservé ni lien religieux ni lien de droit avec la famille où elle était née. A plus forte raison, son fils n'avait rien de commun avec cette famille. »

Les idées de l'auteur précité concernant l'influence du culte domestique sur la parenté, si elles peuvent être vraies pour le droit hindou et pour le droit romain primitif, nous paraissent exagérées pour le droit attique. Il n'est point exact,

(1) *Cité antique*, liv. II, c. V.

(2) Platon, *Leges*, V, 729, d 41 : ξυγγένειαν δὲ καὶ ὁμογνίων θεῶν κοινωνίαν ἅπασαν ταυτοῦ φύσιν αἵματος ἔχουσαν.

en effet, que ce droit n'ait pas admis de parenté par les femmes indépendante des règles de la religion domestique. Nous verrons, au contraire, en étudiant les règles relatives aux successions, que, à défaut de certains parents paternels, dont le nombre est du reste assez limité, la succession passe aux parents maternels, et cette dévolution de l'héritage aux parents maternels semble avoir toujours été admise, du moins à l'époque classique. Qu'à une époque antérieure la parenté par le culte ait été la seule admise, comme dans l'Inde ou à Rome, cela est possible, mais en tout cas ce système n'est plus celui du droit attique à l'époque qui seule peut être étudiée en raison des documents qui nous sont parvenus. La théorie de Fustel de Coulanges prête, selon nous, également à la critique, en ce qu'elle suppose la rupture complète des liens religieux entre la mère et sa famille d'origine. Or, nous avons déjà montré, en exposant la signification de la γαμηλία dans la formation du mariage, que cette rupture ne se produit pas et qu'au contraire les rapports de droit qui continuent de subsister, même après le mariage, entre l'épouse et sa famille d'origine, supposent la persistance d'un lien religieux entre la femme et ses parents naturels [1]. On comprend donc que ses enfants soient eux-mêmes rattachés à ces derniers. Sans doute, le lien de parenté qui les unit à la famille de leur père est plus fort, par suite des motifs religieux précités, mais, au point de vue légal de même qu'au point de vue de la nature, ils n'en demeurent pas moins unis à la famille de leur mère.

L'ἀγχιστεία, ou parenté utile, découlant de la filiation légitime, entraîne d'abord au profit des parents qu'elle comprend (et le cercle en est relativement assez restreint) des droits de succession. Un droit qui se rattache à la dévolution des successions, et qui n'est même, au fond, qu'un droi

(1) V. *supra*, p. 147 et s.

héréditaire, est celui qui autorise la revendication de la fille héritière, de l'épiclère, par le plus proche parent paternel. L'anchistie confère d'autres droits de famille, à savoir ceux de tutelle, qui sont aussi une obligation, car la tutelle légitime des plus proches parents est à la fois pour eux un droit et une charge [1].

La parenté engendrée par la filiation légitime peut enfin créer entre ceux qu'elle unit certaines incapacités, nous voulons parler des prohibitions de mariage qui existent, ainsi que nous l'avons admis, d'une part, en ligne directe *in infinitum*, d'autre part, en ligne collatérale entre frères et sœurs utérins, mais non point entre frères et sœurs consanguins [2].

2° Une obligation alimentaire réciproque existe entre les ascendants et les descendants.

En ce qui concerne d'abord l'obligation alimentaire qui pèse sur les ascendants, elle est tellement conforme aux lois de la nature que le législateur a jugé inutile de l'établir par une règle du droit positif [3]. L'obligation des ascendants ne se borne pas à Athènes, comme d'ailleurs à Rome [4], à nourrir l'enfant ; ils lui doivent aussi une éducation conforme à leur fortune et à leur situation. C'est ce qui résulte implicitement de la disposition de la loi athénienne qui libère les enfants de leur obligation alimentaire, lorsque leurs parents ne leur ont pas donné l'éducation dans le sens que nous venons d'indiquer [5].

Réciproquement les enfants sont tenus de fournir à leurs ascendants les moyens d'existence dont ils ont besoin : c'est l'obligation qui est connue sous le nom de γηροτροφία [6]. A

(1) V. *supra*, p. 24 et s.
(2) V. *supra*, p. 162 et s.
(3) Cf. B. W. Leist, p. 13.
(4) Cf. L. 5, D. *De agn. et al. lib.*, XXV, 3.
(5) V. *infra*, p. 365.
(6) Cf. Van den Es, p. 140.

la différence de celle qui pèse sur les ascendants vis-à-vis de leurs descendants, elle est formellement consacrée par la loi [1], et cela non-seulement dans les rapports des enfants avec leur père et mère [2], mais aussi vis-à-vis de tous leurs ascendants, aïeuls et bisaïeuls de l'un et l'autre sexe [3]. L'obligation alimentaire pèse, du reste, sur les filles aussi bien que sur les fils, ainsi que le prouve la généralité des termes dont se sert Isée [4] pour définir cette obligation. Elle existe, de plus, vis-à-vis des parents adoptifs comme vis-à-vis des parents naturels [5].

Il est presque inutile enfin d'observer que cette obligation, comme d'ailleurs celle de la *reverentia*, n'est point limitée dans sa durée, et qu'elle pèse sur les descendants à tout âge. On ne peut, en effet, la considérer comme une conséquence de la puissance paternelle qui, dans le droit attique, cesse de très bonne heure, quand l'enfant a dix-huit ans. On peut d'autant moins songer à rattacher ces obli-

(1) Isée, *de Cir. her.*, § 32 : Οὐ τοίνυν ἐκ τούτου μόνον, ἀλλὰ καὶ ἐκ τοῦ περὶ τῆς κακώσεως νόμου δῆλον ἐστι. Εἰ γάρ ἔζη μὲν ὁ πάππος, ἐδεὴς δὲ ἦν τῶν ἐπιτηδείων, οὐκ ἂν οὗτος ὑπόδικος ἦν τῆς κακώσεως, ἀλλ' ἡμεῖς. Κελεύει γάρ τρέφειν τοὺς γονέας· γονεῖς δ' εἰσὶ μήτηρ καὶ πατὴρ καὶ πάππος καὶ τήθη καὶ τούτων μήτηρ καὶ πατήρ, ἐὰν ἔτι ζῶσιν· ἐκεῖνοι γὰρ ἀρχὴ τοῦ γένους εἰσί, καὶ τὰ ἐκείνων παραδίδονται τοῖς ἐκγόνοις· διόπερ ἀνάγκη τρέφειν αὐτούς ἐστι, κἂν μηδὲν καταλίπωσι. Cf. Meier, *De bonis*, p. 127 ; Van den Es, p. 142 ; Leist, *loc. cit.* ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 355 ; Petit, p. 240 et s. ; Lelyveld, *De infamia*, p. 144 ; Ciccotti, p. 92. — V. sur toute cette matière : Janus Pan, *De grati animi officiis et pœna ingratorum jure attico et romano*, Leyde, 1809.

(2) Certains textes paraissent n'imposer l'obligation alimentaire aux enfants que vis-à-vis de leur père. Cf. Plutarque, *Solon*, c. 22; Eschine, *C. Timarch.*, § 13, v. *infra*, p. 364, note 4. Mais il est certain, ainsi que du reste cela est dit formellement dans le texte d'Isée cité à la note précédente, que cette obligation existe également vis-à-vis de la mère et des ascendants maternels. Nous avons vu précédemment qu'après la dissolution du mariage l'enfant doit des aliments à sa mère lorsqu'il devient propriétaire de la dot de celle-ci. V. *supra*, p. 312.

(3) Harpocration, vo σῖτος (Cf. Suidas et Photius) ne parle, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, que des aliments dus aux femmes et aux orphelins. Mais il y a là un oubli manifeste. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 525.

(4) *De Ciron her.*, § 32, *supra*, note 1. Cf. B. W. Leist, p. 13.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 355. V. *infra*, chap. II, De l'adoption.

gations à la puissance paternelle que la plus importante de toutes aux yeux du législateur, celle qui consiste à accomplir τὰ νομιζόμενα, ne prend naissance qu'après la mort du père de famille. Aussi dans la législation romaine, où cependant la puissance paternelle peut durer très longtemps, les obligations analogues qui pèsent sur les enfants ne paraissent-elles dépendre nullement de l'exercice de la puissance paternelle [1].

L'obligation alimentaire des enfants leur est imposée, dans l'esprit du droit attique [2], en reconnaissance de l'éducation que leurs parents leur ont eux-mêmes donnée, et des sacrifices qu'ils ont pu faire dans ce but [3]. Partant de cette idée, le législateur athénien a restreint d'une manière assez rationnelle l'obligation des enfants, dans des cas où il considère que les parents n'ont point rempli, de leur côté, les devoirs que la nature leur impose envers leurs enfants. Ceux-ci sont, en conséquence, dispensés de l'obligation d'aliments : 1° quand ils n'ont pas reçu de leurs parents une éducation conforme à leur état ; 2° quand ils ont été prostitués par eux ; 3° quand ils sont nés d'une concubine et qu'ainsi par leur faute leurs parents les ont mis dans une situation sociale inférieure [4]. Mais un enfant ne peut se prévaloir, pour se

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 534; B. w. Leist, p. 16.

(2) Une inscription de Mycènes (Ἐφημ. ἀρχ. 1892, 67) témoigne qu'en Argolide les parents avaient également une action alimentaire contre leurs enfants. Cf. Wilamowitz, *Aristoteles u. Athen.*, II, 48, note 26; Hermann-Thalheim, p. 17, note 3.

(3) Cf. Isée, *De Menec. her.*, § 18: κἀκεῖνός τε τὴν πρόνοιαν εἶχεν ὥσπερ εἰκός ἐστι πατέρα περὶ υἱέος ἔχειν, καὶ ἐγὼ τὸν αὐτὸν τρόπον ὥσπερ γόνῳ ὄντα πατέρα ἐμαυτοῦ ἐθεράπευόν τε καὶ ᾐσχυνόμην.

(4) Plutarque, *Solon*, c. 22 : (Σόλων) νόμον ἔγραψεν υἱῷ τρέφειν τὸν πατέρα μὴ διδαξάμενον τέχνην ἐπάναγκες μὴ εἶναι.... τὸ μηδὲ τοῖς ἐξ ἑταίρας γενομένοις ἐπάναγκες εἶναι τοὺς πατέρας τρέφειν, ὡς Ἡρακλείδης ἱστόρηκεν ὁ Ποντικός. Eschine, *C. Timarch.*, § 13 : μὴ ἐπάναγκες εἶναι τῷ παιδὶ ἡβήσαντι τρέφειν τὸν πατέρα μηδὲ οἴκησιν παρέχειν, ὃς ἂν ἐκμισθωθῇ ἑταιρεῖν· ἀποθανόντα δὲ αὐτὸν θαπτέτω καὶ τἆλλα ποιείτω τὰ νομιζόμενα. — Cf. Alexis, apud Vitruv. præf. ad lib. VI ; Petit, II, 4, 16, p. 264 ; Meier, *De bonis*, p. 127 ; Platner, *Process*, II, p. 232; Thonissen, p. 292; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 355. Van den Es met toutefois en doute l'existence du troisième cas de dispense signalé au texte : « Hujus insti-

soustraire au payement de la dette imposée par la nature et par la loi, de l'indifférence, de la dureté ou des mauvais traitements qu'il serait en droit de reprocher à ses parents [1]. Il est tenu également même si ses parents ne lui ont laissé aucuns biens [2]. L'ἀποκήρυξις rompt-elle tout lien entre le père et le fils au point de faire disparaître l'obligation alimentaire de ce dernier? C'est une question que nous aurons à résoudre ultérieurement [3].

Quant à la τέχνη que, d'après Plutarque [4], les parents doivent faire apprendre à leurs enfants, faut-il entendre par là un métier quelconque ou bien une instruction suffisante ? Cette dernière solution nous paraît la plus vraisemblable, si l'on se réfère à un passage du Critias de Platon [5] d'après lequel, non seulement les parents auraient été obligés de faire instruire leurs enfants, mais encore la loi leur aurait tracé une sorte de programme d'éducation. De même, dans son *Traité des Lois*, Platon recommande aux magistrats de s'occuper tout particulièrement de l'éducation de l'enfant. On peut d'autant moins hésiter à étendre l'obligation des parents à l'instruction proprement dite, qu'on voit une obligation semblable peser sur les tuteurs [6]. Ceux-ci, ainsi que cela résulte d'un discours de Démosthène où l'orateur reproche

tuti, dit-il, in antiquitate nullum superest vestigium, nam quod Casaubono (ad Theophr. Char. VI, 2) ansam dedit hac de re disputandi, cum sibi legis atticæ testimonium deprehendere videretur, cum in Theophrasti loco pro τὴν μητέρα μὴ τρέφειν, quæ vocabula quam maxime corrupta pessimam interpretationem elicere debebant, nescio quis optime emendaverit μητραγυρτεῖν, quod magis convenit reliquis vecordis moribus. »

(1) Démosthène, *Philippic.*, IV, § 40. Cf. Meier, *loc. cit.*, p. 127; Thonissen, p. 292.

(2) Isée, *De Cir. her.*, § 32 : κἂν μηδὲν καταλίπωσι. V. *supra*, p. 363, note 1.

(3) V. *infra*, sur l'ἀποκήρυξις, tit. III, chap. II, De la puissance paternelle.

(4) V. *supra*, p. 364, note 4.

(5) Platon, *Crit.*, p. 50 d : ἢ οὐ καλῶς προσέταττον ἡμῶν οἱ ἐπὶ τούτοις τεταγμένοι (νόμοι) παραγγέλλοντες τῷ πατρὶ τῷ σῷ σε ἐν μουσικῇ καὶ γυμναστικῇ παιδεύειν.

(6) Platon, *Leges*, XI, 926 d et 927 c.

à Aphobos d'avoir frustré ses professeurs de leurs honoraires, sont tenus d'employer les revenus de leurs pupilles, d'une part à les nourrir, et d'autre part à les instruire et à cultiver leur intelligence [1]. Donc, à plus forte raison, la même nécessité doit-elle lier le père de famille. Nous ignorons du reste les moyens que pouvait employer l'Etat pour contraindre les pères de famille à remplir l'obligation dont nous parlons. La loi devait probablement tenir compte de la condition du père, avoir égard à ses ressources, le dispenser, en tout ou en partie, quand il était pauvre et qu'il avait besoin pour vivre du travail manuel de son fils, des sacrifices qu'elle imposait aux citoyens plus favorisés de la fortune. Dans tous les cas, quand on considère combien le nombre des Athéniens illettrés paraît avoir été restreint, on doit tenir pour certain que le législateur s'était préoccupé d'assurer aux enfants une certaine culture et que les pères n'étaient point libres de négliger absolument leur éducation [2].

L'obligation alimentaire des enfants envers leurs ascendants a pour objet, non seulement les aliments proprement dits, mais, d'une manière générale, tout ce qui est nécessaire à leur entretien, τὰ ἐπιτήδεια [3]. Aussi un texte mentionne-t-il l'obligation de fournir un logement [4], Un autre parle des soins que les enfants doivent donner à leurs parents [5]. Quelquefois aussi l'objet de l'obligation alimentaire est caractérisé simplement par le mot σῖτος [6].

La sanction de l'obligation alimentaire des enfants consiste

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 46.

(2) Cf. en ce sens : Girard, *L'éducation athénienne*, p. 32 et s.; Hermann-Blümner, p. 79.

(3) Isée, *De Cir. her.*, § 32. V. *supra*, p. 363, note 1.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, §§ 13 et 28, *supra*, p. 364, note 4, et *infra*, p. 367, note 2.

(5) Isée, *De Menecl. her.*, § 18, *supra*, p. 364, note 3.

(6) Pollux, VIII, 33. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 525.

principalement dans l'action κακώσεως, dont nous allons bientôt parler.

3° L'enfant doit à ses ascendants, un certain respect, *reverentia* ou *obsequium* pour employer des expressions latines à défaut d'expression grecque définissant d'une manière précise cette obligation. On peut dire, d'une façon négative, que les enfants doivent s'abstenir vis-à-vis de leurs parents de toute action constituant ce que les textes nomment κάκωσις, expression assez vague, du reste, et qui comprend le refus d'aliments aussi bien que le manque de *reverentia*. En l'absence de toute définition légale, on doit dire que l'appréciation des cas de κάκωσις est abandonnée à l'appréciation du juge [1]. C'est ainsi notamment qu'il y a manque de respect et, par suite, κάκωσις, dans le cas où les enfants maltraitent ou insultent leurs parents [2].

Un cas spécial de κάκωσις, qui ne se produit qu'après la mort des parents, mais qui s'explique parfaitement par les idées religieuses des anciens, a lieu lorsque les enfants ne procurent pas à leurs ascendants des funérailles en rapport avec la dignité de leurs familles : c'est cette obligation dont parlent les textes en disant que les enfants doivent τὰ νομιζόμενα ou τὰ νόμιμα ποιεῖν [3]. Elle est la conséquence posthume de la *reverentia* que les enfants doivent à leurs pa-

(1) Platner, *Process*, II, p. 233.

(2) Lysias, *C. Agoratum*, § 91 : ὅστις οὖν τόν τε γόνῳ πατέρα τὸν αὑτοῦ ἔτυπτε καὶ οὐδὲν παρεῖχε τῶν ἐπιτηδείων.... διὰ τοῦτο κατὰ τὸν τῆς κακώσεως νόμον ἄξιος ἐστι θανάτῳ ζημιωθῆναι. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 127 ; Thonissen, p. 288; Meier, p. 126.—Eschine, *C. Timarch.*, § 28 : ἐάν τις λέγῃ ἐν τῷ δήμῳ τὸν πατέρα τύπτων ἢ τὴν μητέρα ἢ μὴ τρέφων ἢ μὴ παρέχων οἴκησιν, τοῦτον οὐκ ἐᾷ λέγειν.

(3) Isée, *De Menecl. her.*, § 45; Eschine, *C. Timarch.*, § 13; Lycurgue, *C. Leocr.*, § 147 ; Démosthène, *C. Timocr.*, § 107. Cf. Van den Es, p. 142 ; Platner, *Process*, II, p. 232; Meier, *loc. cit.*, p. 126; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 355; Ciccotti, p. 31. Héraut (VII, 23, 8, 9) a contesté, mais bien à tort, que la violation de l'obligation en question constituât une κάκωσις. — Sur le détail des cérémonies funèbres, v. Hermann-Blümner, p. 361 et s.

rents pendant leur vie [1], ou bien encore la continuation des soins qu'ils sont tenus de leur rendre de leur vivant [2]. Cette obligation est, en raison de son caractère religieux, celle dont les enfants sont tenus le plus rigoureusement, et aucune excuse ne peut les en dispenser, même dans le cas où ils ont été prostitués par leurs parents [3].

En droit romain, la *reverentia* à laquelle sont tenus les enfants a encore pour conséquence qu'ils ne peuvent poursuivre leurs ascendants en justice sans une autorisation spéciale du magistrat, ni, même avec cette autorisation, les poursuivre par une action infamante ou leur opposer une exception de dol [4]. Le droit attique a-t-il admis une prohibition de ce genre ? La question est assez délicate et nous aurons occasion d'y revenir à propos de l'action en interdiction pour cause de démence formée par les enfants contre leurs parents.

La sanction des diverses obligations dont les enfants sont tenus envers leurs parents (obligation alimentaire, *reverentia*) consiste d'abord dans une action, nommée κακώσεως γονέων γραφή qui entraîne contre le coupable l'application de pénalités rigoureuses [5]. D'abord, l'enfant convaincu de κάκωσις encourt l'atimie, non point l'atimie complète qui atteint

(1) Pausanias, II, 25, 2 : γονέων δὲ μετὰ ταῦτα τιμαὶ ζώντων, τηλευτησάντων δὲ γονέων ταφὴ μὲν ἡ σωφρονεστάτη.

(2) Isée, *De Menecl. her.*, § 45 : ζῶντα τε φαίνομαι θεραπεύων αὐτὸν καὶ τελευτήσαντα θάψας. Cf. B. W. Leist, p. 18 et 27.

(3) Eschine, *C. Timarch.*, § 13 ; v. *supra*, p. 364, note 4. Réciproquement c'est au père qu'appartient le soin de la sépulture de son enfant. Démosthène, *C. Leochar.*, § 30; Cf. B. W. Leist, p. 29.

(4) *Inst.*, §§ 12 et 33, *de Act.*, IV, 6; l. 2, pr., 7, § 2, D. *De obseq. par.*, XXXVII, 15.

(5) La loi relative à l'obligation alimentaire des enfants envers leurs ascendants est généralement attribuée à Solon. Cf. Elien, *Hist. Anim.*, l. 9, c. 1 : Theophyloches Simocotta, Ep. 7 (*in* Meursius, *Themis*, c. 3) ; Galenus, *Exhort. Orat. ad artes* (*ibid*); Démosthène, *C. Timocr.*, § 106; Plutarque, *Solon*, c. 22. Mais il est probable que la répression des délits commis par les enfants dénaturés a dû être antérieure à ce législateur.

tout à la fois la personne et les biens du condamné, mais l'atimie moyenne qui, tout en respectant la fortune, frappe seulement le citoyen. Si plus tard le condamné ose exercer l'un des droits réservés aux citoyens, il est, en vertu des lois de Solon, condamné à la détention dans les entraves [1]. Au témoignage de Lysias [2], la peine serait même beaucoup plus rigoureuse et la loi permettrait de livrer au dernier supplice les enfants qui maltraitent leurs parents même adoptifs [3]. Mais nous avons de la peine à admettre que la sévérité du législateur ait été jusque-là. Nous estimons plutôt que, sans aller jusqu'au dernier supplice, la peine de la κάκωσις est indéterminée, sauf en ce qui concerne l'atimie, qui est obligatoire, et à laquelle les juges ajoutent les pénalités qui leur paraissent justes et nécessaires [4] [5].

(1) Andocide, *De Myster.*, § 74; Démosthène, *C. Timocr.*, § 103; Diogène Laërce, I, 2. Cf Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Atimie*, p. 533 et *Restitution de la dot*, p. 19; Thonissen, p. 291. « Comment, dit Eschine, l'Etat serait-il traité par celui qui maltraite ceux-là mêmes qu'il doit vénérer à l'égal des dieux immortels? » *C. Timarch.*, § 28.

(2) Lysias, *C. Agorat.*, § 91 : διὰ τοῦτο κατὰ τὸν τῆς κακώσεως νόμον ἄξιος ἐστι θανάτῳ ζημιωθῆναι.

(3) Meursius (*Themis Attic.*, I, 2) prétend également, en se fondant sur les Ἀλληγορίαι ὁμηρικαί, faussement attribuées à Héraclide de Pont, qu'on faisait subir la mutilation de la main droite à celui qui avait frappé son père ou sa mère. *Contra :* Thonissen, p. 291.— Meursius (*loc. cit.*) dit encore, en se fondant sur le témoignage de Sopater et de Syrianus, que l'enfant, qui n'ensevelissait point son père était puni de mort ou exilé. De même, d'après Syrianus, l'enfant qui ne défendait point la cause de ses parents indigents était noté d'infamie.

(4) C'est ce qui paraît résulter de la loi, quelque peu suspecte, il est vrai, qui est citée dans le discours de Démosthène contre Timocrate, § 105 : ἐὰν δέ τις ἀπαχθῇ τῶν γονέων κακώσεως ἥλωκως.... τιμάτω ἡ ἡλιαία ὅ τι χρὴ παθεῖν αὐτὸν ἢ ἀποτῖσαι. ἐὰν δ' ἀργυρίου τιμηθῇ· δεδέσθω ἕως ἂν ἐκτίσῃ. On peut encore argumenter en ce sens du témoignage de Platon (*Leges*, XI, p. 932, c) qui dit que la peine des enfants dénaturés doit être abandonnée à l'appréciation du tribunal : τιμάτω τὸ δικαστήριον ὅ τι χρὴ τίνειν ἢ πάσχειν.—Il est certain, d'ailleurs, que si les parents deviennent, de la part de leurs enfants, victimes d'un crime de droit commun, les châtiments ordinaires atteignent les coupables. Thonissen, p. 294.

(5) Platon (*Leges*, XI, 932 b) qui impose également aux enfants envers leurs parents les obligations dont l'accomplissement est garanti par la δίκη κακώσεως, décide toutefois que les père et mère n'ont pas à se porter accusateurs et qu'il leur suffit de porter plainte aux trois plus âgés des gardiens des lois ou des ins-

La γραφὴ κακώσεως, qui est de la compétence de l'archonte éponyme [1], peut être formée, non seulement par les parents lésés, mais par le premier citoyen venu [2]. Les parents sont du reste placés spécialement sous la protection de l'archonte chargé de faire punir, en agissant d'office, ceux qui portent atteinte à leurs droits [3]. La γραφὴ κακώσεως est privilégiée, d'autre part, en ce sens qu'elle est comprise parmi les δίκαι ἄνευ ὕδατος, c'est-à-dire que le demandeur peut donner à sa plaidoirie tous les développements qu'il juge nécessaires sans être limité par la clepsydre [4].

La κάκωσις γονέων donne ouverture, en définitive, non point seulement à l'action publique ordinaire, γραφή, mais à une εἰσαγγελία semblable à celle qui a pour objet de réprimer la κάκωσις commise à l'égard des orphelins ou des épiclères. Nous n'avons, il est vrai, aucun exemple d'εἰσαγγελία intentée sur le fondement d'une κάκωσις γονεών, mais la proposition que nous venons de formuler résulte d'abord, à notre avis, de la communauté des règles qui gouvernent l'action intentée dans l'intérêt des parents et celles qui le sont dans l'intérêt des orphelins ou des épiclères [5]. Elle résulte, en

pectrices des mariages, magistrats qui exercent une sorte de ministère public. Si les parents sont hors d'état de porter plainte, toute personne peut et doit dénoncer le fait, sous peine d'être poursuivie elle-même pour dommage. La peine varie suivant l'âge ou le sexe des coupables et elle peut être très rigoureuse. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 129-130). — Aristote (*Eth. Nicom.*, IX, 2, §§ 7, 8) parle également de l'obligation alimentaire des enfants, mais au point de vue de la morale seulement. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 213-214.

(1) Harpocration, vo εἰσαγγελία et κακώσεως; Pollux, VIII, 89; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 56. Cf. Meier, *De bonis*, p. 128; Meier, Schœmann et Lipsius p. 352; Thonissen, p. 293.

(2) Harpocration, vo κακώσεως. L'enfant accusé de κάκωσις, ne comparait, semble-t-il, devant le tribunal que chargé de chaines. Curius Fortunatus Rhet. I (*in* Meursius, *Themis*, c. 3) : qui parentes non aluerit vinciatur. Démosthène, *C. Timocrat.*, § 105 : ἐὰν δὲ τις ἀπάχθῃ τῶν γονέων κακώσεως.... δήσαντων αὐτὸν οἱ ἕνδεκα καὶ εἰσαγόντων αὐτὸν εἰς τὴν Ἡλιαίαν κτλ.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 48. Cf. Thonissen, p. 293.

(4) Harpocration, vo κακώσεως. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 927.

(5) V. *infra*, liv. I, tit. III, chap. III, sect. I, les règles de l'εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν.

second lieu, de l'assimilation que Harpocratión [1] et Aristote [2] paraissent établir entre les trois actions en les citant l'une à côté de l'autre. On peut enfin invoquer en ce sens un autre passage d'Harpocration [3] où il dit : ἑτέρα δὲ εἰσαγγελία λέγεται ἐπὶ ταῖς κακώσεσιν, admettant ainsi la possibilité d'une εἰσαγγελία dans tous les cas de κάκωσις [4]. Il y a même lieu d'admettre que l'εἰσαγγελία est seule possible à raison d'une κάκωσις γονέων, car la γραφή ferait double emploi avec elle, et on ne voit pas, du reste, comment l'accusateur aurait pu songer à préférer à l'εἰσαγγελία la γραφή, qui était moins facilement abordable et plus périlleuse [5].

En l'absence de toute poursuite et de toute condamnation, le fils dénaturé se trouve exposé à certaines incapacités qui peuvent paraître très rigoureuses dans un pays où l'on attachait un si grand prix à la participation aux affaires publiques. Ainsi il ne peut être ni orateur, ni archonte, ni même remplir aucune autre magistrature. En effet, dans l'examen préalable, δοκιμασία, auquel sont soumis les candidats à des fonctions publiques, on recherche notamment s'il s'est bien conduit envers ses parents, εἰ γονέας εὖ ποιεῖ, et la réponse négative à cette question entraîne l'exclusion [6]. « L'État, comme dit Xénophon, exclut des magistratures celui qui maltraite ses parents, persuadé que les sacrifices publics ne pourraient être honorablement offerts par un tel sacrificateur, et qu'il n'y a pas d'action belle et honnête qui puisse être faite par un tel homme [7]. »

(1) V° κακώσεως. Cf. Lexic. Seguer., (Bekker), p. 269, 1.

(2) *Constit. des Athén.*, c. 56.

(3) V° εἰσαγγελία.

(4) V. en ce sens : Schœmann, *De comit.*, p. 181; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 358. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisaggelia*, p. 501-502.

(5) Cf. Schulthess, p. 206. V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. III, sect. I.

(6) Dinarque, *C. Aristog.*, § 17 : ἀνακρίναντες τοὺς τῶν κοινῶν τι μέλλοντας διοικεῖν, τίς ἐστι τὸν ἴδιον τρόπον, εἰ γονέας εὖ ποιεῖ. Xénophon, *Memor.*, II, 2, 13 : ἐὰν δέ τις γονέας μὴ θεραπεύῃ, τούτῳ δίκην τε ἐπιτίθησι καὶ ἀποδοκιμάζουσα οὐκ ἐᾷ ἄρχειν τοῦτον. V. Eschine, *C. Timarch.*, § 28 ; Pollux, VIII, 86. Cf. Meier. Schœmann et Lipsius, p. 238 et s.; Platner, *Process*, I, p. 313 s. ; B.W. Leist, p. 14

(7) *Loc. cit.*

SECTION V

Dissolution du mariage

§ 1. — *Causes de dissolution*

Le mariage se dissout : 1° par la mort de l'un des époux ; 2° par la servitude encourue *jure civili* ; 3° par le divorce.

I. — Mort de l'un des époux.

Dans certaines législations, comme en droit romain, il importe de distinguer si c'est par la mort du mari ou par celle de la femme que se dissout le mariage. Ainsi, à Rome, la femme est tenue de porter le deuil de son mari pendant dix mois et, d'autre part, elle ne peut se remarier avant l'expiration de ce même délai, à moins cependant qu'elle n'ait accouché avant l'expiration des dix mois, auquel cas elle reprend immédiatement sa liberté. Le mari n'est, au contraire, soumis à aucune de ces deux obligations [1]. Le droit attique ne paraît pas avoir connu ces distinctions. A supposer qu'il pût y avoir, dans l'usage, une manière différente de porter le deuil pour le veuf ou pour la veuve [2], il n'existait pour la femme aucune obligation légale de *lugere maritum* sanctionnée par une peine quelconque [3].

(1) V. May, t. I, p. 146.
(2) Cf. sur la manière de porter le deuil, Schœmann-Galuski, t. II, p. 662. Dans la ville ionienne de Gambreion, en Asie Mineure, les hommes cessaient de porter des signes extérieurs d'affliction le quatrième mois, tandis qu'un mois de plus était accordé aux femmes : Schœmann-Galuski, t. I, p. 663.
(3) Cf. Ciccotti, p. 61.

Quant à l'établissement d'un délai de viduité, soit pour des raisons de convenance, soit pour éviter la confusion de part, on n'en trouve pas de traces dans la législation athénienne. On y voit même qu'en cas de divorce, une femme pouvait se remarier immédiatement [1], ce qui n'aurait point été admis si l'on s'était préoccupé d'éviter une confusion de part, autant à craindre en cette hypothèse qu'en cas de dissolution du mariage par la mort du mari. De semblables restrictions eussent d'ailleurs été peu en harmonie avec les mœurs nouvelles [2] et avec la fréquence des seconds mariages, du moins de la part des veuves [3]. Loin d'y apporter des obstacles, comme d'autres législations [4], la loi athénienne les voyait plutôt d'un œil favorable [5]. Au surplus, la veuve est placée

(1) V. *infra*, III.

(2) On s'était en effet bien départi de l'ancienne coutume du veuvage perpétuel dont parle Pausanias, II, 21, 7 : πρότερον δὲ καθεστήκει ταῖς γυναιξὶν ἐπ' ἀνδρὶ ἀποθανόντι χηρεύειν. Peut-être trouve-t-on une trace de cette ancienne coutume dans la règle citée par Démosthène (*In Neæram*, § 75) d'après laquelle la femme de l'archonte-roi (comme à Rome la femme du flamine de Jupiter) ne devait avoir été mariée qu'une seule fois. Pausanias (X, 38, 12) nous parle aussi des veuves de son temps qui demandaient à Vénus, dans le temple de Naupacte, de leur donner un second mari. V. Hermann-Blümner, p. 267. — Si l'on songe que, dans les idées alors reçues, le plus grand service que la femme pût rendre à l'Etat était de lui donner des enfants et d'assurer ainsi la perpétuité des familles et de la République, on comprendra qu'on n'ait apporté aucune restriction légale aux seconds mariages. Cf. Lallier, p. 266.

(3) Les veufs répugnaient davantage aux seconds mariages, du moins à l'époque dont Athénée (XIII, 8) nous trace le tableau. Toutefois, comme l'observe Hermann-Blumner (*loc. cit.*), la fréquence des expressions πρόγονος (beau-fils) et μητρυιά (belle-mère) semble prouver le contraire, au moins pour les législations qui ne s'étaient pas inspiré des idées de Charondas. Cf. Diodore de Sicile, XII, 18.

(4) Meursius (II, 14) cite une prétendue loi d'Athènes frappant d'atimie la femme qui se serait mariée trois fois : νόμος· τὴν τρὶς γαμεθεῖσαν ἄτιμον εἶναι. Mais il est difficile d'admettre l'authenticité de cette loi dont on ne retrouve aucune autre trace. On ne voit pas d'ailleurs quelles auraient pu être pour la femme les conséquences de l'atimie prononcée contre elle. Cf. Ciccotti, p. 60.

(5) A Sparte également, les seconds mariages des veuves, loin d'être vus avec défaveur, étaient encouragés par l'opinion. Jannet, *Instit. soc. à Sparte*, p. 109. Platon (*Leges*, X, 10) n'est pas favorable aux seconds mariages, car il redoute,

sous la protection spéciale de l'archonte éponyme, lorsqu'elle se déclare enceinte au moment de la mort de son mari : ἐπιμελεῖται (ὁ ἄρχων) τῶν γυναικῶν ὅσαι ἂν τελευτήσαντος τοῦ ἀνδρὸς σκήπτωνται κύειν. [1]. Il est probable que l'on assimilait en conséquence aux mauvais traitements envers les mineurs orphelins et les épiclères les mauvais traitements envers les veuves pendant toute la toute la durée de leur grossesse et qu'une εἰσαγγελία κακώσεως était possible de ce chef [2].

II. — Servitude encourue *jure civili*.

La servitude encourue *jure civili* par l'un des époux met fin au mariage, car il n'y a point de connubium entre un citoyen et une esclave ou entre une citoyenne et un esclave. Toutefois cette cause de dissolution du mariage devait être peu fréquente, car les cas dans lesquels un citoyen d'Athènes pouvait être privé de sa liberté étaient assez rares. A partir de Solon, on n'en peut guère citer que deux, celui où un captif racheté ne remplit pas les conditions du rachat, et celui, plus douteux, où un Athénien était vendu à la suite d'une γραφὴ ὑποβολῆς [3].

Quant à la captivité, il ne semble point qu'elle soit à Athènes une cause de dissolution du mariage [4], alors du

comme Charondas (Diodore de Sicile, XII, 12), l'introduction d'une marâtre dans une maison où il y a des enfants du premier lit. Toutefois, en se préoccupant de l'intérêt de l'Etat et du maintien de la population, il décide qu'un second mariage sera obligatoire si le premier n'a pas atteint la moyenne requise, à savoir une fille et un garçon. Néanmoins il n'y a pas de règle absolue pour les veuves et les parents doivent aviser, d'après les circonstances, en se concertant avec les inspectrices des mariages.

(1) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 56. Cf. Démosthène, *C. Macart.*, § 73.

(2) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisaggelia*, p. 501 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 357, note 441.

(3) Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 25 ; Thonissen, p. 342 et 309. V. *infra*, liv. I, tit. IV.

(4) Il est autrement en droit romain, sauf les effets du *postliminium*. V. ccarias, t. I, nos 80 et 97.

moins que le captif, de retour, restituait à son libérateur la somme déboursée par ce dernier pour le rachat. Mais la captivité peut fournir une juste cause de divorce.

On a voulu assimiler à l'espèce de mort civile résultant de la servitude celle qu'entraîne l'atimie des débiteurs du trésor public [1]. Cette atimie, a-t-on dit, avait pour conséquence, sinon immédiatement, du moins après un assez court délai, la confiscation des biens, et cette confiscation permet à la femme d'agir en restitution de la dot [2]. Or, cette restitution n'étant point possible pendant le mariage, il en résulte que la confiscation des biens entraîne la dissolution du mariage [3]. Nous ne pouvons cependant admettre cette solution. Si la confiscation des biens donne à la femme le droit de réclamer sa dot, il faut y voir non point un effet de la dissolution du mariage qu'aurait entraînée cette confiscation, mais une conséquence de la diminution des garanties produite par cet évènement et motivée par la nécessité de sauvegarder les intérêts légitimes de la femme qui, autrement, auraient été sacrifiés à ceux du Trésor public. La théorie contraire est d'autant moins admissible que l'atimie des débiteurs du trésor public peut résulter de faits qui n'ont rien d'infamant pour ceux qu'elle atteint. C'est ainsi qu'elle frappe non-seulement ceux qui ont été condamnés pour crimes à des amendes qu'ils ne peuvent payer, mais encore ceux qui, par exemple, ayant trop présumé de leur crédit, se sont rendus adjudicataires de biens vendus par le fisc sans pouvoir en payer le prix à l'échéance, ou même ceux qui, sans être personnellement débiteurs, avaient, par pure bienveillance, cautionné un débiteur du fisc [4]. La dissolution du mariage

(1) La confiscation des biens peut aussi être la conséquence de l'atimie totale dans certaines hypothèses. Cf. Thonissen, p. 107; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Atimie*, p. 522 et s.

(2) Etymolog. magn., 340, 44. Cf. Caillemer, *Restit. de la dot*, p. 32.

(3) Van den Es, p. 49, 50.

(4) Andocide, *De myst.*, § 73: οἱ ἐγγύας ἐγγυήσαντες πρὸς τὸ δημόσιον.

prononcée en pareil cas, à titre de peine complémentaire, par le législateur aurait été véritablement d'une rigueur exorbitante, et elle aurait risqué d'atteindre la femme elle-même, qui pouvait désirer le maintien d'une union dont rien à ses yeux ne motivait la rupture [1]. Ce que nous pouvons seulement admettre, c'est que la confiscation encourue par le mari peut fournir à la femme une cause de divorce, lorsqu'elle est prononcée en raison de faits ayant un caractère déshonorant et de nature à rendre impossible la vie commune [2].

III. — Divorce.

Dans les idées primitives des Grecs, le mariage était probablement destiné à durer toute la vie, et bien qu'on ne trouve nulle part dans les écrits des auteurs grecs cette définition si élevée du mariage donnée par les jurisconsultes romains : *consortium omnis vitæ*, l'indissolubilité du lien conjugal paraît avoir été admise par les anciens Grecs, du moins à l'âge héroïque [3]. Mais le relâchement des mœurs et l'absence de toute religion véritablement morale, ne durent point tarder à faire admettre le divorce dans la législation de tous les petits Etats de la Grèce, à ce point même de faire du divorce une cause de dissolution normale du mariage. Il ne pouvait guère, du reste, en être autrement dans une cité où, comme à Athènes, le mariage ne repose

(1) Il est donc rationnel de comparer l'atimie dont il est ici question à la dégradation civique de notre droit moderne, qui laisse subsister le mariage, plutôt qu'à la mort civile, qui en entrainait la dissolution.

(2) Caillemer, *Restitut. de la dot*, p. 15 et s.; Ciccotti, p. 53.

(3) Homère, *Odys.*, X, 58. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 510; Mayer, p. 371; Hermann-Blümner, p. 264, note 1; Ciccotti, p. 54; Hruza, II, p. 24 et s.; Cauvet, p. 157. Peut-être l'absence du divorce à l'époque homérique s'explique-t-elle, dans une certaine mesure, par la polygamie qui aurait alors été pratiquée. L'existence de la polygamie à cette époque est, du reste, fort contestable. V. *supra*, p. 41.

nullement sur une affection ni sur une confiance réciproque, où le mari épouse sa femme sans la connaître ni lui demander même son consentement, en se guidant uniquement par des considérations de famille ou d'intérêt. Il peut se séparer facilement d'une femme qu'il a prise en quelque sorte au hasard et, de plus, une union ainsi contractée risque d'être souvent troublée par une incompatibilité d'humeur. D'autre part, comme le mari, toujours occupé de politique ou d'affaires, vit le plus souvent au dehors, il doit peu lui en coûter de divorcer avec une femme qui, pour lui, est moins une compagne que l'économe de sa maison, et de confier à une autre la direction du ménage [1]. On s'explique ainsi que le divorce ait été si souvent pratiqué à Athènes comme dans les autres cités de la Grèce [2].

Le divorce, à Athènes, a lieu de plusieurs manières, à savoir, soit par la volonté d'un seul des époux, mari ou femme, soit de leur consentement mutuel, soit enfin par la volonté d'un tiers [3].

Pour désigner le divorce qui a lieu par la volonté d'un seul des époux, la législation athénienne emploie des expressions différentes suivant que le divorce provient de la volonté du mari ou de celle de la femme. Dans le premier cas, le divorce est qualifié ἀπόπεμψις, ἀποπομπή, c'est-à-dire

(1) Lallier, p. 232.

(2) Ainsi le divorce est admis à Thurium, et autorisé par les lois de Charondas, soit de la part du mari, soit de la part de la femme (Diodore de Sicile, XII, 18). A Sparte, le mari a le droit de répudier arbitrairement sa femme (Hérodote, VI, 61 et s.). A Gortyne, le divorce, qui paraît avoir été d'un usage fréquent, peut se produire, comme à Athènes, soit sur l'initiative du mari, soit sur celle de la femme. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 455. La loi de Gortyne, sans préciser les cas de divorce, indique d'une façon détaillée quelques-uns des effets qu'il entraîne, notamment en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux. V. *supra*, p. 321, note 3.

(3) Il est très fâcheux, pour l'étude du divorce, que nous ne possédions point certaines comédies ayant pour titre soit 'Απολείπουσα, (la demanderesse en divorce) soit 'Απολιποῦσα (la divorcée), et qu'avaient composés Crobyle, Diphile et les deux Apollodore. Cf. Meier, Schœman et Lipsius, p. 510.

renvoi ou répudiation par le mari ; dans le second cas, ἀπόλειψις, ou délaissement par la femme [1]. Cette terminologie n'est point cependant toujours rigoureusement suivie, et le mot ἀπόλειψις est quelquefois employé pour désigner la répudiation par le mari [2].

A l'origine, chez presque tous les peuples, le divorce apparaît avec un caractère unilatéral, tout au profit du mari, à qui il est loisible de renvoyer sa femme sans que celle-ci puisse user du même droit [3]. Le divorce devient ensuite une arme au profit de chacun des conjoints. Il est probable qu'en Grèce, comme ailleurs, l'institution du divorce dut suivre ce développement et que la répudiation par le mari fut originairement seule autorisée [4].

La répudiation par le mari n'est soumise dans le droit attique à aucunes conditions ni formalités. Ainsi d'abord la faculté qu'a le mari de répudier sa femme n'est point restreinte par la loi à certains cas limitativement déterminés; il peut divorcer sans être tenu d'alléguer aucun motif. Souvent, il est vrai, le divorce apparaît, dans les auteurs, comme fondé sur des causes sérieuses : telle est

(1) Lex. Seguer., p. 421 : ἀπολείπει μὲν ἡ γυνὴ τὸν ἄνδρα, ἀποπέμπει δὲ ὁ ἀνὴρ τὴν γυναῖκα. Aux substantifs cités au texte correspondent les verbes ἀποπέμπειν, ἐκπέμπειν, ἐκβάλλειν, pour désigner la répudiation par le mari, et ἀπολείπειν, ἀπόλειψιν ἀπογράψασθαι πρὸς τὸν ἄρχοντα, pour désigner le délaissement par la femme. On rencontre aussi dans ce dernier sens les expressions ἀπολύειν, ἀπόλειψιν γράφεσθαι ou χρηματίζειν πρὸς ἄνδρα ; mais elles n'appartiennent point au droit attique. Cf. Van den Es, p. 50; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 511.

(2) V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 511, texte et note 87.

(3) Cf. pour le droit hébraïque, Dareste, *Code rabbinique*, *in Journal des Savants*, 1884, p. 379. C'est également ce qui résulte, pour le droit romain, du témoignage de Plutarque, *Romulus*, c. 22. Le divorce unilatéral, au profit du mari, est encore admis, dans certains cas, par les assises de Jérusalem : *Assises des bourgeois*, ch. 175, *in* Beugnot, *Assises*. t. II, p. 118.

(4) C'est ainsi que Diodore de Sicile (XII, 18) présente comme une amélioration la loi de Charondas qui a permis à la femme de demander le divorce : δεύτερος δὲ διωρθώθη νόμος ὁ διδοὺς ἐξουσίαν τῇ γυναικὶ ἀπολύειν τὸν ἄνδρα καὶ συνοικεῖν ᾧ ἂν βούληται. Cf. Cauvet, p. 158; Lewy, p. 29.

notamment celle qui est tirée de l'adultère de la femme. L'adultère, lorsqu'il avait été juridiquement constaté, rendait même obligatoire la répudiation, sous peine d'atimie pour le mari [1]. Mais aussi le simple soupçon d'adultère suffit ; ainsi on voit Hipponikos renvoyer sa femme uniquement parce qu'il la soupçonne d'avoir des relations tout à la fois adultères et incestueuses avec son frère Alcibiade [2]. Phrastor, qui a épousé la fille de Nééra, croyant épouser la fille de Stéphanos, divorce, d'abord en raison de la légèreté des mœurs de sa femme et, en second lieu, en raison de l'erreur qu'il a commise sur son état civil [3]. Si, d'autre part, on songe qu'à Athènes une des principales raisons du mariage est d'assurer la continuation de la famille et la perpétuité de la cité, il faut dire qu'en répudiant sa femme stérile, le citoyen d'Athènes ne faisait que remplir une obligation patriotique et religieuse [4]. La législation spéciale aux épiclères provoquait aussi parfois le divorce par des considérations de pur intérêt pécuniaire. Un mari, appelé par son degré d'anchistie à profiter du droit déféré par la loi aux plus proches parents de l'épiclère, n'hésitait point à divorcer pour épouser une opulente héritière et, comme Proto-

(1) Démosthène, *C. Neæram*, § 85 : v. *supra*, p. 234. De même, à Rome, la loi Julia prescrivait au mari la répudiation de la femme adultère sous peine d'encourir les peines du *lenocinium*.

(2) Lysias, *C. Alcibiad.*, I, § 28.

(3) Démosthène, *C. Neæram*, § 54.

(4) Cf. Lallier, p. 232. Chez les anciens, le divorce, en cas de stérilité de l'épouse, n'était peut-être pas seulement un droit pour le mari, mais même une obligation. Ainsi les lois de Manou (XI, 81) prescrivent de remplacer au bout de huit ans la femme stérile. Cf. Fustel de Coulanges *Cité antique*, p. 52. Chez les Romains, le premier divorce connu dans l'histoire, celui de Carvilius Ruga eut pour cause la stérilité de l'épouse. Platon, dans son *Traité des Lois* (VI, 23), décide que lorsqu'il n'y aura pas d'enfants après dix ans de mariage, les époux divorceront d'un commun accord, après avoir consulté leurs parents et les femmes chargées de la surveillance ; toutes les contestations qui pourraient s'élever entre eux à ce sujet seront terminées par dix arbitres pris parmi les gardiens des lois.

maque [1], il croyait avoir suffisamment pourvu aux intérêts de sa première femme en la faisant épouser par un de ses amis [2]. Il n'est même point nécessaire que le mari puisse alléguer l'une quelconque de ces raisons de famille ou d'intérêt [3] : le caprice, le désir d'un changement peuvent le déterminer à user de son droit, et l'on s'explique alors sans peine que le divorce ait été si souvent pratiqué.

La grossesse de la femme n'était même point un obstacle à la répudiation [4]. Le seul frein à la multiplicité des divorces se trouvait, comme l'observent les auteurs athéniens, dans l'obligation où se trouvait le mari de restituer la dot que sa femme lui avait apportée [5]. L'intérêt du mari, à défaut de considérations d'un ordre plus élevé, le retenait quelquefois. Et même, dans l'opinion généralement admise, mais fort contestable à notre avis, la femme pouvait-elle être privée du droit d'exiger la restitution lorsque le divorce avait été provoqué par son inconduite [6].

L'ἀποπομπή par le mari n'est non plus soumise à aucune

(1) Démosthène, *C. Eubulid.*, § 41. C'est pour le même motif que Timocrate répudie sa femme et la marie à Aphobos. Démosthène, *C. Onetor.*, I, arg.

(2) L'avantage d'épouser une riche épiclère, si grand qu'il fût, l'était cependant un peu moins qu'il le paraissait au premier abord, attendu que le mari de l'épiclère, pas plus que celle-ci, ne devenait propriétaire, ni même absolument possesseur de l'héritage. C'est, en effet, le fils issu de leur mariage qui, une fois majeur, en est le véritable et le seul maître (V. *infra*, sect. VI).

(3) Suivant Desjardins, au contraire, (p. 604) « il est probable que de part ou d'autre une juste cause est nécessaire. Autrement celui qui, déjà marié, voulait épouser une épiclère n'aurait eu qu'à répudier sa femme. » Mais c'est là une erreur manifeste, ainsi que le démontrent les exemples cités *supra* à la note 1. Cf. Caillemer, *Restit. de la dot*, p. 27, note 3 ; Lallier, p. 233.

(4) Cauvet, p. 158. Cf. Démosthène, *In Neæram*, § 51.

(5) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 28 : ἀργύριον πολλῷ μᾶλλον ὁ ἐγγυῶν διωμολογήσατο ἔχειν αὐτὸν ἐπὶ τῇ γυναικί, ἵνα μὴ ἐπ' ἐκείνῳ γένοιτο ῥᾳδίως ἀπαλλάττεσθαι, ὁπότε βούλοιτο τῆς γυναικός. Euripide (*Mélanippe enchaînée*, 31, V. 5, 6) observe également qu'on ne jouit pas des richesses qu'une femme apporte dans la maison et qu'elles ne servent qu'à rendre le divorce plus difficile. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 27, Van den Es., p. 51 ; Ciccotti, p. 56 ; Platner, *Process*, t. II, p. 272.

(6) V. *Supra*, p. 318.

formalité. Le droit attique ne connaît point, par exemple, la nécessité de l'envoi d'une signification analogue au *repudium* du droit romain et par laquelle le mari aurait signifié à sa femme son intention de divorcer. En fait, la répudiation s'opère vraisemblablement par le renvoi de la femme dans la maison de son kyrios [1] avec tout ce qu'elle a pu apporter en dot. Peut-être la répudiation avait-elle lieu ordinairement devant des témoins [2]. Mais cette solennité ne paraît pas avoir été obligatoire [3]. On peut aussi se demander si la répudiation ne pouvait pas résulter d'une manifestation tacite de volonté, comme, par exemple, du seul fait d'un second mariage contracté par le mari [4].

Si le divorce par la volonté du mari (répudiation) n'est soumis à aucune formalité, il en est autrement du délaissement procédant de la volonté de la femme. Dans ce dernier cas, l'état d'incapacité dans lequel la loi athénienne place la femme, nécessite l'emploi de formalités spéciales. La femme ne pouvant à elle seule manifester valablement son intention de mettre fin au mariage, l'archonte, protecteur né des incapables, intervient à la requête de la femme, et c'est lui qui prononce le divorce, s'il estime qu'il en existe de bonnes raisons [5]. La femme doit, en conséquence, aller trouver l'archonte et lui remettre un écrit où sont exposés les motifs sur lesquels elle fonde sa demande : c'est ce que l'on appelle ἀπόλειψιν γράψασθαι.

L'archonte statue donc *causa cognita*, et a pouvoir d'apprécier la gravité des offenses commises envers l'épouse,

(1) Ou de son plus proche parent, si le mari est lui-même kyrios.

(2) C'est ainsi que, d'après Lysias (*C. Alcibiad.*, I, § 28), Hipponikos aurait répudié sa femme πολλοὺς παρακαλέσας.

(3) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Divorce*, p. 319 ; Cauvet, p. 158; Ciccotti, p. 55; Meier Schœmann et Lipsius, p. 511 ; Mayer, p. 372.

(4) Cf. sur le droit romain concernant ce point, Accarias, t. I, no 98.

(5) L'opinion publique était toutefois défavorable aux femmes qui divorçaient ainsi : οὐ γὰρ εὐκλεεῖς ἀπαλλαγαὶ γυναιξίν. Euripide, *Medea* v. 236, 237. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 319.

sinon on ne s'expliquerait pas l'obligation imposée à la femme de s'adresser à ce magistrat pour obtenir de lui l'autorisation de divorcer [1]. Une des causes légitimes de divorce est nécessairement la perte de la liberté par le mari [2]. Quant à l'adultère du mari, on serait tenté de croire qu'il ne peut pas être invoqué par la femme pour fonder une demande en divorce, car à Athènes les mœurs toléraient les infidélités à la foi conjugale par le mari [3]. Nous estimons aussi que l'adultère du mari ne peut, en principe, être une cause de divorce. Mais il peut revêtir un caractère particulièrement injurieux pour la femme et constituer vis-à-vis d'elle ce que le droit attique nomme une κάκωσις, comme si, par exemple, le mari introduit une courtisane dans la maison conjugale. Peut-être alors [4] la femme est-elle autorisée à recourir à l'archonte par une δίκη κακώσεως et à demander le divorce [5] [6]. D'autre part, il semble résulter d'un passage de Diogène Laërce [7] que la femme pourrait intenter cette même action et délaisser son mari lorsque

(1) Cf. Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 28.

(2) Hermann-Thalheim, p. 77, note 9.

(3) V. en ce sens Humbert et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Adultère*, p. 85. Cf. *supra*, p. 232, 233 et 244.

(4) La δίκη κακώσεως est-elle restreinte à la femme épiclère qui a épousé son plus proche parent ou bien appartient-elle au contraire à toutes les femmes indistinctement? V. *infra*, sect. VI, De l'épiclérat.

(5) C'est ce qu'Andocide (*C. Alcib.*, § 14), nous rapporte de la femme d'Alcibiade : ἐπεισάγων εἰς τὴν αὐτὴν οἰκίαν ἑταίρας καὶ δούλας καὶ ἐλευθέρας, ὥστ' ἠνάγκασε τὴν γυναῖκα σωφρονεστάτην οὖσαν ἀπολιπεῖν, ἐλθοῦσαν πρὸς τὸν ἄρχοντα κατὰ τὸν νόμον. Lorsque la femme allègue une κάκωσις à l'appui de sa demande en divorce, il n'y a plus alors une action purement privée ; l'action revêt un caractère pénal et peut entrainer les pénalités attachées à la κάκωσις. Platner, *Process*, t. II, p. 271. Cf. sur ces pénalités Thonissen, p. 201 et s.

(6) Suivant Thonissen (p. 326), la bigamie du mari donne à la première femme du bigame le droit de réclamer le divorce. C'est possible à notre avis, mais la bigamie, ou plutôt le convol à un nouveau mariage, présuppose presque nécessairement la dissolution du premier par la répudiation tacite de la part du mari. V. *supra*, p. 381.

(7) IV, 3, § 17.

celui-ci a entretenu des relations contre nature avec un autre homme [1]. Mais il s'agit de savoir si, dans cette hypothèse comme dans la précédente, l'action n'est pas restreinte au cas où il s'agit d'une épiclère, et si ce n'est pas exagérer la portée de la δίκη κακώσεως, que de l'étendre à toute femme mariée indistinctement [2].

Le divorce peut aussi être demandé par la femme (abstraction faite de l'application des lois pénales dont parle Démosthène [3]) quand elle a épousé un étranger qui s'est frauduleusement fait passer pour citoyen. La validité des mariages mixtes, que nous avons admise, n'est nullement un obstacle à cette solution, qui découle *a fortiori* des lois pénales précitées [4].

Quel est précisément le rôle de la femme dans cette procédure? Peut-elle ou doit-elle agir seule et aller trouver elle-même l'archonte pour lui présenter sa requête en divorce, ou bien, au contraire, doit-elle, conformément au droit commun, être représentée dans son action en divorce, comme dans toute autre action, par son kyrios? Il y a divergence sur ce point entre les interprètes. Suivant les uns [5], les formalités requises doivent être remplies par la femme elle-même en personne. Cette manière de voir se fonde principalement sur un passage de Plutarque dans lequel cet historien nous raconte qu'Hipparète, femme d'Alcibiade, s'était

(1) Cf. Humbert et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Adultère*, p. 85.

(2) Nous verrons, en étudiant la théorie de l'épiclérat, que l'épiclère peut demander le divorce pour cause d'impuissance de son mari. C'est là, du moins, l'interprétation que, selon nous, on doit donner à une célèbre loi de Solon dont le sens a été jusqu'ici généralement méconnu. V. *infra*, p. 460.

(3) *C. Neæram*, § 16.

(4) Cf. en ce sens Hruza II, p. 140. V. *supra*, p. 203 et s.

(5) Heffter, p. 414 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 312; de Pastoret, t. VI, p. 423 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 85, note 9 ; Otto, *De act. for. Athen.*, p. 12; Cauvet, p. 159. Suivant ce dernier auteur, la nécessité d'une démarche aussi éclatante et aussi opposée à la modestie du sexe de la demanderesse avait paru de nature à rendre plus rare cette espèce de divorce. Cf. Mayer, *loc. cit.*

rendue chez l'archonte pour obéir à la loi qui veut qu'en cas de divorce, l'acte en soit remis à ce magistrat par la femme elle-même et non par un autre [1], mais qu'Alcibiade étant aussi allé trouver l'archonte, la ramena chez lui de vive force sans que personne songeât à s'y opposer. Le discours attribué à Andocide contre Alcibiade déclare également qu'Hipparète s'est rendue chez l'archonte selon la loi [2]. On peut aussi alléguer en ce sens qu'Isée, dans son plaidoyer sur la succession de Pyrrhus, suppose la requête présentée par la femme elle-même, lorsqu'il demande près de quel archonte la femme a fait sa déclaration d'avoir délaissé son mari [3].

Dans une autre opinion, la femme doit, conformément au droit commun, être représentée par son kyrios dans sa demande en divorce. On fait d'abord observer en ce sens qu'il est difficile, *a priori*, d'avoir une entière confiance dans le témoignage de Plutarque, car cet historien a plusieurs fois commis des erreurs manifestes en rapportant ce qu'il croyait être des règles du droit attique, règles qu'il empruntait à des auteurs anciens, sans se livrer à une critique bien sévère des sources auxquelles il puisait. C'est ce qu'il a fait notamment dans le cas qui nous occupe. Le récit de Plutarque est manifestement tiré du discours attribué à Andocide contre Alcibiade, et qui n'est qu'une longue invective contre ce dernier personnage [4]. Dans ce discours, l'orateur se bornait à dire que la femme d'Alcibiade « était allée trouver l'archonte suivant la loi », ce qui n'impliquait point nécessairement une dérogation au droit commun con-

(1) Plutarque, *Alcib.*, c. 8 : ἔδει τὴν Ἱππαρέτην τὸ τῆς ἀπολείψεως γράμμα παρὰ τῷ ἄρχοντι θέσθαι, μὴ δι' ἑτέρων, ἀλλ' αὐτὴν παροῦσαν.

(2) Andocide, *C. Alcib.*, § 14 : ἐλθοῦσαν πρὸς τὸν ἄρχοντα κατὰ τὸν νόμον. V. *supra*, p. 382, note 5.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 78 : πρὸς ὁποῖον ἄρχοντα ἡ ἐγγυητὴ γυνὴ ἀπέλιπε τὸν ἄνδρα ἢ τὸν οἶκον αὐτοῦ.

(4) V. Perrot, *Eloquence polit.*, p. 196 et s.

cernant la représentation de la femme par son kyrios. Or Plutarque a paraphrasé arbitrairement ce passage en disant que « la requête en divorce devait être remise par la femme elle-même, en personne et non par d'autres. » Abstraction faite donc du témoignage de Plutarque, le passage précité d'Isée ne fournit point davantage un argument plus décisif. Tout ce qui en résulte, c'est la nécessité d'une dénonciation du mariage par la femme auprès de l'archonte. Si cette dénonciation n'est point prouvée, le mariage est réputé subsister. Mais de quelle manière cette dénonciation doit-elle être faite ? Isée ne le dit point et n'exige aucunement l'intervention de la femme elle-même. Si l'on se reporte maintenant au premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor, où il est souvent question d'ἀπόλειψις, on n'y voit jamais que la femme doive agir elle-même en divorce contre son mari. On y rencontre, au contraire, une phrase qui paraît bien significative et dans laquelle l'orateur parle de « ces hommes (οὗτοι) qui ont fait inscrire le divorce par devant l'archonte [1]. » Ces hommes qui ont procédé à l'inscription du divorce ne sont autres qu'Onétor, le kyrios de la femme, assisté de son mari. Un peu plus loin, l'orateur suppose de même que l'inscription a dû être faite par le kyrios Onétor, lorsqu'il dit de celui-ci « qu'il s'est chargé de prouver qu'il n'avait point fait une ἀπόλειψις sincère [2]. Enfin, dans un autre passage du même plaidoyer, il est parlé de l'inscription du divorce opérée devant l'archonte sans qu'il soit fait allusion à l'intervention personnelle de la femme [3]. Il y a donc lieu de s'en tenir au principe général de la représentation de la femme par son kyrios [4]. On peut seulement admettre que la

(1) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 17 : τὴν ἀπόλειψιν οὗτοι πρὸς τὸν ἄρχοντ' ἀπεγράψαντο.

(2) *Ibid.*, § 31 : αὐτὸς ἔδειξεν 'Ονήτωρ ὅτι οὐκ ἀληθινὴν ἐποιήσατο τὴν ἀπόλειψιν.

(3) *Ibid.*, § 26 : μετὰ τὸ γεγράφθαι παρὰ τῷ ἄρχοντι ταύτην τὴν γυναῖκ' ἀπολελοιπυῖαν.

(4) Schulthess, p. 114, note 3 ; Van den Es, p. 53 et s. Cf Platner, *Process*, t. II, p. 270.

femme assistait ordinairement, en fait, à la présentation par son kyrios à l'archonte de la requête tendant à la prononciation du divorce [1]. Il est, au surplus, un cas où forcément la femme ne peut être représentée par son kyrios, c'est celui où le mari lui-même se trouve être investi des fonctions tutélaires [2]. Il est manifestement inadmissible que le mari puisse jouer le double rôle de demandeur et de défendeur au procès. En pareille hypothèse, ou bien la femme pourra agir elle-même, ou bien, ce qui nous paraît plus probable et plus conforme aux mœurs et aux lois athéniennes, la femme pourra faire présenter sa demande en divorce par un parent, ou même, à défaut de parents, par un étranger [3] [4].

Cette seconde opinion nous paraît plus conforme que la première aux textes et à l'esprit du droit athénien concernant la situation des femmes. Il faut reconnaître, d'autre part, que si simple que fût la démarche exigée pour l'ἀπόλειψις, elle devait souvent être, sinon impossible, du moins bien difficile pour la femme elle-même par suite de l'état de dépendance dans lequel elle était tenue [5], et c'est une raison de plus pour dire que, dans cette procédure comme dans toute autre, la femme ne peut agir que par l'intermédiaire de son représentant légal.

En admettant donc, abstraction faite du cas ou le mari est tuteur de sa femme, que celle-ci ne puisse agir en divorce que par l'intermédiaire de son kyrios, celui-ci peut-il s'opposer au divorce en refusant son concours à la demande ?

(1) Schulthess, p. 114.

(2) V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. III, sect. II, Tutelle des femmes.

(3) C'est ainsi qu'en cas de κάκωσις commise contre une femme par son tuteur l'action publique, dite γραφὴ κακώσεως, peut être intentée contre le tuteur par tout citoyen parent ou non de la femme. V. *infra*, *Ibid.*

(4) Cf. en ce sens Ciccotti, p. 55.

(5) C'est à quoi fait allusion Euripide dans sa *Médée* (v. 237), lorsqu'il dit que « pour une femme, quitter son mari est scandaleux, et le répudier est impossible ». Il n'y a pas impossibilité légale, mais seulement difficulté de fait.

Il est généralement admis, comme nous le verrons, que le kyrios peut contraindre la femme au divorce, d'où l'on pourrait être tenté de conclure qu'il a pareillement le droit de s'opposer à cet acte. Néanmoins, comme il n'existe sur ce dernier point aucun texte qui consacre le droit exorbitant du tuteur, il est préférable de reconnaître à la femme la faculté de divorcer malgré son kyrios, lorsqu'elle en avait de justes motifs. Le mot même employé dans le droit attique pour désigner le divorce par la volonté de la femme, ἀπόλειψις, implique la liberté de celle-ci. De plus, la faculté de divorcer avec juste cause pouvait être un correctif aux inconvénients d'une législation qui se passait du consentement de la femme pour le mariage [1]. Nous croyons donc qu'en cas de refus injuste de la part du kyrios d'intenter l'action en divorce, ou bien il pouvait y avoir lieu à la γραφὴ κακώσεως contre lui, ou bien la femme pouvait faire présenter sa requête par un autre parent ou même par un étranger.

Le divorce, qui peut ainsi avoir lieu par la volonté d'un seul des époux, peut, à plus forte raison, se produire de leur consentement mutuel, *bona gratia* suivant l'expression des jurisconsultes romains. C'est ainsi qu'au témoignage d'Isée [2], Ménéclès, déjà avancé en âge, et n'espérant plus avoir d'enfants, se sépare amiablement de sa jeune femme, malgré l'affection qu'il a pour elle, afin de ne pas la condamner à ignorer plus longtemps les joies de la maternité. Plutarque [3] nous apprend de même que c'est du consentement d'Hipponikos, sa femme, que Périclès l'a répudiée pour la donner en mariage à un autre homme [4]. Il y a lieu

(1) Desjardins, *loc. cit.*, p. 605.

(2) Isée, *De Menec. her.*, § 7 et s.

(3) Plutarque, *Périclès*, 24.

(4) D'après la loi de Gortyne (II, 45), le divorce peut également avoir lieu par consentement mutuel et les époux ne doivent alors compte à personne des motifs de leur séparation. Cf. Bücheler et Zitelman, p. 118 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 321.

de présumer qu'en cas de divorce par consentement mutuel il n'est pas besoin de recourir aux formalités de l'ἀπόλειψις : la seule manifestation expresse ou tacite de ce consentement suffit [1]. Peut-être, dans l'usage, les époux faisaient-ils une déclaration devant l'archonte afin de bien établir leur divorce. Mais cette déclaration ne pouvait servir que *ad probationem*, et elle n'était pas nécessaire si le fait de la séparation ne présentait aucune équivoque. Au surplus, malgré l'existence d'une semblable déclaration, le mariage n'en subsistait pas moins aux yeux de la loi quand les époux continuaient à demeurer ensemble [2].

Le divorce peut enfin avoir lieu par le fait d'un tiers [3]. Ce mode de dissolution du mariage, qui paraîtrait tout à fait exorbitant dans notre droit moderne, se comprend et se justifie dans une certaine mesure chez les peuples de l'antiquité [4], surtout en Grèce, si l'on songe à l'état d'infériorité et de dépendance de la femme. Entièrement à la disposition de son kyrios, qui peut la donner en mariage sans son consentement, elle peut de même être enlevée par lui au mari à qui il l'avait donnée.

Le tiers, ainsi autorisé à rompre le mariage par sa seule volonté, ne peut jamais, à notre avis, être autre que le kyrios de la femme, qualité qui, ainsi que nous le verrons plus tard, appartient, suivant les cas, soit au père [5], au frère consanguin

(1) Meier Schœmann et Lipsius, p. 513; Hruza, I, p. 71, note 49. V. Toutefois Philippi, *Gœtt. gel. Anz.*, 1867, p. 773.

(2) Arg. Démosthène, *C. Onet.*, I, § 25. Cf. Cauvet, p. 158.

(3) La loi de Gortyne admet-elle aussi cette sorte de divorce? Cela est probable, du moment qu'elle admet la tutelle des femmes. V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. II, sect. II.

(4) A Rome, les pouvoirs considérables du père de famille lui permettaient, à l'origine du moins, d'imposer le divorce à ses enfants et de signifier lui-même la répudiation. V. Accarias, t. I, p. 191.

(5) Le droit du père de dissoudre le mariage de sa fille n'existe pas seulement à Athènes. V. Pausanias, IV, 9, § 5; Dion Chrysostome, *Or.* X (I, p. 182, édit. Dindorf). On peut citer aussi le cas de Ménélas disposant d'Hermione : Scholie sur l'Odyssée, IV, 3, 4, et Euripide, *Andromaque*, v. 967 et s.

ou au grand-père paternel de la femme, soit à un proche parent, soit au mari. Ainsi le père peut, après avoir donné sa fille en mariage, la séparer de son mari, soit pour la donner à un autre, soit pour la conserver avec lui [1]. De même, lorsqu'une femme mariée vient à perdre son père, et qu'à défaut d'enfants mâles elle est appelée à recueillir sa succession, elle peut être revendiquée par le plus proche parent en qualité d'épiclère, et celui-ci a le pouvoir de dissoudre le mariage pour épouser l'épiclère [2].

Le mari peut aussi, lorsqu'il est investi de la qualité de kyrios, au lieu de répudier simplement sa femme en la renvoyant dans sa famille, la donner en mariage à un autre. Cette translation de ses pouvoirs peut même s'opérer sans le consentement de la femme. Plutarque [3], il est vrai, lorsqu'il nous apprend que Périclès donna en mariage sa femme Hipponikos à un autre homme, nous dit que ce second mariage a eu lieu du consentement d'Hipponikos [4]. Mais d'autres textes ne font nullement allusion à la nécessité de l'assentiment de la femme. Tel est notamment le plaidoyer

(1) Tel est le cas de Polyeucte qui, s'étant brouillé avec son gendre Léocratès, se venge de lui en lui ôtant sa fille pour la donner à Spoudias. Démosthène, *C. Spudium*, § 4. Si Léocratès avait eu le droit de s'opposer à cette séparation, la transaction qui intervint ultérieurement entre le mari dépossédé et le père aurait été certainement plus avantageuse pour Léocratès. Cf. Hruza, I, p. 70, note 48, V. toutefois Lipsius, *Bedeutung des gr. Rechts*, p. 26, note 5.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64. Dans un autre plaidoyer (*De Aristarchi her.*, § 19), Isée nous révèle un trait de mœurs bien caractéristique de cette législation sur les épiclères. Une femme, pour laquelle son mari avait une vive affection, fut appelée à recueillir la succession de son père. Les plus proches parents, qui s'étaient mis en possession des biens de cette succession au mépris des droits de la fille, menacèrent le mari, qui était venu défendre les intérêts de sa femme, d'user de leurs droits et de lui enlever son épouse, s'il ne les laissait pas jouir paisiblement des biens dont ils avaient pris possession. La loi était si formelle que, pour ne pas être privé de sa femme, le mari dut s'incliner devant cette menace.

(3) *Périclès*, 24.

(4) Il y avait peut-être là un divorce par consentement mutuel. V. *supra*, p. 387.

de Phormion contre Apollodore où Démosthène [1] cite plusieurs exemples de maris ayant donné leurs femmes, soit entre vifs, soit par testament [2], en ajoutant qu'on pourrait en citer beaucoup d'autres. Que si le mari n'est point en même temps le tuteur de sa femme, il peut, sans doute, la répudier, mais il n'a plus le droit de la donner à un autre [3]. Ce droit appartient exclusivement, pendant le mariage comme avant, au kyrios de la femme [4].

Suivant un auteur, le divorce aurait pu être imposé, non plus par la volonté d'un tiers, mais par l'autorité de la loi elle-même, c'est-à-dire que, dans le cas où le plus proche parent d'une fille épiclère aurait été marié au moment où cette fille se trouvait appelée à recueillir l'héritage paternel, il aurait dû divorcer pour épouser sa parente [5]. Mais cette interprétation est inadmissible, à notre avis. Cette contrainte légale exercée sur l'anchisteus serait, en effet, en contradiction avec le droit qu'il possède de renoncer, au profit d'un parent plus éloigné, à la faculté qui lui est ouverte de revendiquer l'épiclère par voie d'épidicasie [6]. Quant aux textes allégués à l'appui de l'opinion que nous critiquons, ils ne sont nullement probants. Ainsi d'abord le plai-

(1) Démosthène (*Pro Phormione*, §§ 28 et s.) cite le cas de deux banquiers du nom de Socrate, ayant donné leurs femmes à deux de leurs anciens esclaves. De même, à Egine, Strymodore a donné sa femme à son esclave Hermée. On peut encore citer le cas de Pasion et du père de Démosthène. Démosthène. *C. Aphob.*, II, § 15.

(2) Le mari peut, comme nous le verrons (*infra*, liv. I, tit. III, chap. III, sect. II, Tutelle des femmes), s'il est le kyrios de sa femme, en disposer soit entre vifs, soit par testament.

(3) Caillemer (*in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 320) pour qui, du reste, le mari est *ipso jure*, par le fait même du mariage, investi de la tutelle de sa femme, a le tort, selon nous, d'attribuer au mari dans tous les cas le droit de répudier sa femme en la donnant en mariage à un autre.

(4) La prétendue loi athénienne citée par Sopater : κατὰ τοὺς Ἀττικοὺς νόμους ἐξῆν τοῖς ἀνδράσι τὰς ἑαυτῶν γυναῖκας ἑτέροις ἐσχομίζειν (*In Hermog.*, stat. 98), est évidemment conçue en termes trop généraux.

(5) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 7.

(6) V. *infra*, sect. VI, De l'épiclérat.

doyer de Démosthène contre Eubulide [1] porte expressément que Protomaque, qui était pauvre, avait *voulu* se débarrasser de sa femme pour épouser la riche épiclère qui lui était échue : le divorce procède ici de la volonté de l'anchisteus et non d'une contrainte légale. Quant aux textes d'Isée également invoqués par l'auteur que nous combattons, l'un [2] se réfère à l'épiclère déjà mariée, et que l'anchisteus peut néanmoins revendiquer en la forçant à divorcer, et l'autre [3] n'a manifestement aucun rapport avec notre question [4].

Lorsque le divorce s'opère par le consentement mutuel des parties, il ne peut donner lieu à d'autres actions que celles qui ont trait au règlement des rapports pécuniaires des époux. Mais lorsqu'il s'opère par la volonté d'un seul des conjoints, outre ces actions, il y en a d'autres qui peuvent être mises en exercice, l'une la δίκη ἀποπομπῆς ou ἀποπέμψεως, qui appartient à la femme contre le mari en cas de répudiation injuste, l'autre, la δίκη ἀπολείψεως, appartenant au mari contre la femme qui a obtenu de l'archonte son divorce. Si l'existence de ces deux actions ne peut sérieusement être mise en doute [5], on en est, au contraire, réduit à des conjectures sur leur caractère et sur les conséquences qu'elles entraînaient pour la partie condamnée. En ce qui

(1) Démosthène, *C. Eubul.*, § 4, Πρωτόμαχος.... ἐπικλήρου δὲ κληρονομήσας εὐπόρου, τὴν μητέρα βουληθεὶς ἐκδοῦναι κτλ.

(2) Isée, *De Arist., her.*, § 5.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 4-5.

(4) Cf. Robiou, p. 56-57.

(5) Elle est attestée par le témoignage formel de Pollux (VIII, 31) qui, pour la δίκη ἀποπομπῆς, s'en réfère à Lysias. V. Lysias, *Fragmenta*, éd. Didot, p. 304, nos 301, 304. C'est probablement aussi à ces actions que Pollux fait allusion lorsqu'il dit, d'une manière générale, que, de même qu'il y a des lois qui président à la formation des mariages, de même il y en a qui président à leur dissolution : ὥσπερ νόμῳ συνίσταται γάμος, οὕτω καὶ διαλύεται. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 513, note 93 ; Van den Es, p. 56 ; Ciccotti, p. 56 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 320. — Heffter, p. 250, 414 et Gans, I, p. 311, rejettent, au contraire, l'existence de semblables actions.

concerne la δίκη ἀπολείψεως [1], elle pouvait peut-être servir au mari à demander le rétablissement du mariage en contestant l'existence de la cause de divorce alléguée par la femme devant l'archonte. Cette action constituerait ainsi une sorte d'appel contre la décision de l'archonte statuant en première instance [2]. Quant à la δίκη ἀποπομπῆς, elle ne saurait tendre évidemment au rétablissement du mariage, puisque le mari était toujours libre de le rompre à son gré, sans autre motif que son caprice. On en a conclu que cette action ne pouvait avoir pour objet que le règlement des intérêts pécuniaires des époux [3]. Peut-être aussi pouvait-elle servir à la femme, quand le mari avait allégué une cause de divorce déshonorante pour celle-ci, à contester la réalité de cette cause [4].

Ces hypothèses nous paraissent peu vraisemblables. Nous ne pensons point d'abord que la δίκη ἀπολείψεως pût tendre au rétablissement du mariage, car les textes qui parlent de l'ἀπόλειψις ne présentent jamais la décision de l'archonte comme provisoire et susceptible de recours. Quant à la δίκη ἀποπομπῆς, la faire servir uniquement au règlement des intérêts pécuniaires des époux, c'est lui donner un double emploi avec d'autres actions qui tendaient déjà au même but, comme la προικὸς δίκη ou la σίτου δίκη. Nous serions, en définitive, porté à croire que les actions en question tendaient uniquement à l'allocation de dommages-intérêts, lorsque le divorce avait eu lieu sans motif légitime et qu'il était préjudiciable au demandeur. Les dispositions de la loi de Gortyne qui, comme la loi athénienne, admet le divorce unilatéral, fournissent en ce sens un argument d'analogie très sé-

(1) Suivant Platner, *Process*, II, p. 270, la δίκη ἀπολείψεως, au contraire, sert à la femme pour faire valoir les griefs qu'elle peut alléguer à l'appui de sa demande en divorce devant l'archonte.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 320.

(3) Caillemer, *ibid.*

(4) Hermogène, cité par Platner, *Process*, II, p. 271.

rieux . La loi de Gortyne dispose, en effet, que, lorsque le mari est αἴτιος τᾶς χερεύσιος, il est tenu de payer à la femme une amende de cinq statères (monnaie d'argent équivalant à deux drachmes). Or, il faut évidemment entendre le mot αἴτιος en ce sens que le mari doit être non seulement l'auteur du divorce, mais de plus l'auteur injuste du divorce lorsque, par exemple, il a renvoyé sa femme par pur caprice, ou que, par sa conduite ou ses mauvais traitements, il l'a forcée à se séparer de lui. Il ne serait point, au contraire, αἴτιος, responsable, si le divorce était dû à un caprice de la femme ni même, dans le cas où il en aurait pris l'initiative, si l'inconduite de la femme avait rendu la séparation nécessaire [2]. Peut-être encore le mari n'était-il point responsable du divorce ni passible d'amende dans le cas où, se conformant à une coutume crétoise dont parle Aristote [3], il répudiait sa femme par crainte d'avoir trop d'enfants. Dans tous les cas, lorsqu'il y a contestation sur le point de savoir à qui incombe la responsabilité du divorce, la loi de Gortyne [4] remet la décision au juge, qui statue après avoir prêté serment.

Platon, dans sa République idéale, avait reconnu la nécessité de modifier la législation athénienne sur le divorce et de mettre un frein à ces séparations arbitraires qui risquaient de détruire la famille elle-même. Sans doute, dans les lois [5] de Platon, on ne rencontre plus la garantie dont nous avons parlé et consistant dans l'obligation du mari de restituer la dot car, d'après le philosophe, les mariages se font sans dot. Par contre, Platon exige une tentative de réconciliation [6] qu'il confie à dix hommes pris parmi les nomo-

(1) II, 53. V. *supra*, p. 321, note 3.
(2) Bücheler et Zitelman, p. 118 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 321.
(3) *Polit.*, II, 7, § 4.
(4) II, 54, 55.
(5) Platon, *Leges*, IX, 929, 930.
(6) Il est curieux de rapprocher cette tentative de réconciliation de celle qui

phylaques et à dix femmes prises parmi les inspectrices des mariages. Si ce conseil ne réussit pas à réconcilier les époux, et juge qu'un divorce est nécessaire, il doit s'occuper de trouver à chacun d'eux un nouveau conjoint mieux assorti. Dans ce choix qu'il est appelé à faire, le conseil doit tenir compte d'abord de l'humeur des conjoints, puis de la présence d'enfants nés de la première union et du nombre de ces enfants. Si ce nombre est suffisant (un garçon et une fille), le conseil doit se préoccuper seulement d'assurer à l'époux divorcé et remarié la vie commune et les soins qui rendent la vieillesse supportable.

B. — *Effets de la dissolution du mariage.*

1° Effets quant à la personne des époux et quant aux enfants.

La dissolution du mariage rend aux époux leur liberté ; ils peuvent, en conséquence, se remarier et la loi n'apporte à cet égard aucune restriction ; la femme peut, aussi bien que le mari, convoler immédiatement à de secondes noces [1]. Le droit athénien n'admet non plus aucune restriction semblable à celles que Charondas avait édictées à Thurium [2] pour remédier aux abus du divorce, en décidant que la femme qui abandonnerait son mari, ne pourrait se remarier à un homme plus jeune que son premier époux, et que réciproquement le mari qui répudierait sa femme, ne pourrait pas contracter un nouveau mariage avec une femme plus jeune que celle qu'il avait répudiée.

est prescrite par certaines législations modernes, notamment par la loi française du 18 juillet 1886.

(1) V. *supra*, p. 372. Même en cas de divorce, la femme divorcée pouvait très facilement se remarier, car avec les habitudes anciennes, la répudiation n'entrainait aucun déshonneur pour celle qui en était l'objet. Cf. Lallier, p. 276.

(2) Diodore de Sicile, XII, 18.

L'enfant né depuis la dissolution du mariage, mais conçu antérieurement est toujours présumé l'enfant du mari [1]. En conséquence, la femme ou ses parents ont le droit d'inviter le mari, ou ses héritiers, à le reconnaître comme tel [2]. Toutefois, en cas de dissolution du mariage par le divorce, les circonstances qui ont provoqué la répudiation de la femme, par exemple, un adultère, peuvent être de nature à ébranler la présomption de paternité du mari. Celui-ci a alors la faculté de désavouer l'enfant en jurant solennellement, lors de la présentation de l'enfant à la phratrie par la femme ou ses parents, qu'il n'est point le père de cet enfant [3]. La loi athénienne ne paraît point d'ailleurs avoir organisé une procédure analogue à celle que le sénatus-consulte Plancien avait établie à Rome pour assurer l'état et les droits de l'enfant non encore né au moment du divorce [4].

(1) V. *supra*, p. 339.

(2) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 320.

(3) Andocide (*De mysteriis*, §§ 125 et s.) rapporte qu'une femme répudiée par Callias, ayant eu un enfant après la séparation, soutint que cet enfant était né de son ex-mari, celui-ci niant au contraire sa paternité. Les parents de la femme présentèrent alors l'enfant à la phratrie, le jour de la fête des Apaturies, en affirmant qu'il avait pour père Callias. Pour repousser cette filiation, celui-ci dut faire, la main sur l'autel, le serment solennel que l'enfant n'était point de lui, en appelant sur lui et sa maison la malédiction divine pour le cas où il se serait parjuré. V. sur le cas de Callias et sur le désaveu, *supra*, p. 343 et s. et *infra*, sect. VII, Des enfants naturels.

(4) La loi de Gortyne renfermait, au contraire, sur ce point les dispositions suivantes : « Si une femme divorcée accouche d'un enfant (vraisemblablement dans les dix mois de la séparation), il sera présenté à l'homme qui a été l'époux, devant la demeure de celui-ci, en présence de trois témoins. Si cet homme refuse de recevoir l'enfant, la femme pourra, à son choix, nourrir l'enfant ou l'exposer. La preuve de la présentation sera faite par le serment de la femme et des témoins » (III, 44 et s.). « La femme divorcée qui exposera son enfant avant de l'avoir présenté, suivant la loi, paiera, si elle y est condamnée, cinquante statères si l'enfant était libre et vingt-cinq statères s'il était esclave. Si l'homme n'a pas de maison où la présentation puisse être faite, ou si on ne le trouve pas, la femme aura le droit d'exposer l'enfant. » (IV, 14 et s. Traduction Dareste, *Annuaire*, 1886, p. 312 et s.) La loi de Gortyne édictait également, dans la même hypothèse, des règles spéciales pour le cas où la femme divorcée appartenait à la classe des colons. « Si une femme de la classe

Si toutefois, lors du décès du mari, la femme se déclarait enceinte, la loi la plaçait alors sous la protection spéciale de l'archonte éponyme. Le texte de cette loi, tel qu'il nous a été conservé par Démosthène [1], porte : ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω.... τῶν γυναικῶν ὅσαι μένουσιν ἐν τοῖς οἴκοις τῶν ἀνδρῶν τῶν τεθνηκότων φάσκουσαι κυεῖν : l'archonte veillera sur les femmes qui, se disant enceintes, restent dans la maison de leurs maris décédés. Le législateur athénien, faisant application de la règle *infans conceptus pro nato habetur*, autorise donc la femme à demeurer dans la maison du mari. Mais est-ce pour elle une obligation d'y rester jusqu'à sa délivrance, et n'a-t-elle point la liberté de se retirer, comme elle peut certainement le faire en cas de veuvage avec des enfants déjà nés, dans la maison de son kyrios? On l'a soutenu en se fondant sur les termes de la loi, ὅσαι μένουσιν [2]. Mais c'est là, selon nous, exagérer la portée de ces mots. Rien n'autorise à restreindre ici les droits de la veuve. De ce que le législateur la met sous la protection spéciale de l'archonte lorsqu'elle est enceinte lors du décès de son mari, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'elle se trouve dans une situation plus défavorable que si son enfant était déjà né à cette époque et pour lui dénier l'option qu'elle possèderait en pareille hypothèse. Tout ce qu'on peut conclure de la loi précitée, c'est, par un argument *a contrario*, assez légitime du reste, que la veuve était forcée d'abandonner le domicile conjugal lorsqu'il n'existait point d'enfants du mariage et

des colons, étant divorcée, accouche d'un enfant, il sera présenté au maître de l'homme qui a été l'époux, en présence de deux témoins. S'il refuse de recevoir l'enfant, cet enfant appartiendra au maître de la femme. Mais si la femme épouse de nouveau le même homme, dans l'année, l'enfant appartiendra au maître de ce colon. La preuve sera faite par le serment de celui qui aura fait la présentation et des témoins » (III, 52 et s.). Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 460.

(1) *Adv. Macart.*, § 75. Cf. Pollux, VIII, 89. V. en outre Isée, *De Apollod. her.*, § 30 ; Eschine, *C. Timarch.*, § 158.

(2) Meier et Schœmann, 1re édition, p. 421.

qu'il n'y avait aucune espérance qu'il en survînt encore après le décès dans le délai légal de gestation [1].

Quant aux enfants déjà nés lors de la dissolution du mariage, si nous supposons d'abord que cette dissolution s'opère par la mort du mari, nous voyons, dans les textes des orateurs, que la veuve a le choix, ou de continuer à demeurer avec ses enfants dans le domicile conjugal, mais en renonçant alors à exiger la restitution de sa dot, ou d'abandonner la maison de son mari et d'aller se replacer sous l'autorité de son kyrios lequel peut en ce cas réclamer la restitution de la dot [2]. Dans tous les cas, il résulte de ces textes qu'après la mort du mari les enfants ne restent pas nécessairement avec leur mère. Qui prend alors soin d'eux, s'ils vivent séparément? C'est là un point sur lequel nous reviendrons en exposant les règles de la tutelle. — En cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, il n'y a naturellement rien de changé dans la situation des enfants ; ils continuent à demeurer avec leur père.

Si le mariage se dissout par le divorce, les enfants nés du mariage doivent dans tous les cas être remis au père. Il en est ainsi même quand le divorce a eu lieu par la volonté de la femme et qu'il a pour cause l'inconduite du mari. Autoriser le magistrat, comme le fait la loi moderne [3], à les confier à la mère, comme à la plus digne, c'eût été porter à la puissance paternelle une atteinte inconciliable avec les idées anciennes [4].

(1) Van den Es, p. 59 ; Caillemer, *Restit. de la dot*, p. 22 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 521, note 118.

(2) V. *supra*, p. 311 et s.

(3) Code civil, art. 302.

(4) C'eût été, d'autre part, aller contre le but du mariage, tel qu'il nous est révélé par Apollodore, dans son plaidoyer contre Néera (Démosthène, *in Neœram*, § 122), où il nous dit que les Athéniens prennent des épouses « pour avoir des enfants légitimes et une fidèle gardienne de tout ce que contient la maison ». Cf. Van den Es. p. 67.

Les femmes étaient, d'ailleurs, à Athènes, incapables d'exercer la tutelle [1].

2° Effets quant aux biens des époux.

La dissolution du mariage, qu'elle s'opère par la mort d'un des époux ou par le divorce, a pour conséquence, en principe, la restitution de la dot par le mari ou ses héritiers à la femme ou à ses représentants, suivant des règles que nous avons précédemment exposées [2].

SECTION VI

De l'épiclérat.

I. — Notions générales.

Chez les Grecs, comme chez tous les peuples anciens d'origine aryenne, la plus grande préoccupation de tout citoyen est de laisser un fils qui pourra perpétuer le culte domestique, assurer la continuité des offrandes funèbres et, par là-même, le repos des mânes des ancêtres. Si le mariage ne lui donne pas ce qu'il en attend principalement, c'est-à-dire des enfants mâles, il peut, pour empêcher ce qui est considéré comme un des plus grands malheurs, la désertion de son foyer, ἐρημία οἴκου, se donner un fils adoptif, et cela même s'il a déjà une ou plusieurs filles, car le culte

(1) Le plaidoyer de Démosthène contre Eubulide fournit une preuve en ce sens. Il y est question, au § 40, du divorce de Protomaque, qui, à ce moment, avait une fille de son mariage. Un peu plus loin, au § 43, on dit de Protomaque qu'il a donné cette fille en mariage. C'est donc que la fille n'avait pas suivi la mère et était restée avec le père. Cf. Van den Es, p. 67; Mayer, p. 438; Lallier, p. 234, note; Cauvet, p. 159.
(2) V. *supra*, p. 311 et s.

domestique ne peut se continuer par les femmes. L'adoption est le seul procédé qui, en dehors du mariage, ait été pratiqué par les Romains et par les Germains pour assurer la continuation de la famille par les mâles [1]. Mais le droit grec connaît, pour arriver au même but, un autre moyen, qui était également admis par les lois de Manou et de Moïse et qui, à cet égard comme à beaucoup d'autres, le rapproche beaucoup plus du droit primitif que le droit romain; ce moyen, c'est l'institution de l'épiclérat.

Parmi les différents procédés admis par les lois de Manou pour suppléer à la stérilité du mariage, il en est un qu'elles indiquent dans les termes suivants : « Celui qui n'a pas de fils peut charger sa fille de lui en procurer un en la mariant de telle sorte et avec une convention telle que l'enfant qu'elle mettra au monde devienne le sien propre et accomplisse pour lui la cérémonie funèbre. Le jour où la fille, ainsi mariée, mettra au monde un fils, l'aïeul maternel deviendra le père de cet enfant. Que cet enfant offre deux gâteaux funèbres, l'un à son propre père, l'autre à son aïeul maternel; il délivrera son grand-père dans l'autre monde, aussi bien que le fils d'un fils. » [2] Le législateur ajoute qu'en conséquence « tout homme de sens doit se garder d'épouser une fille qui n'ait pas de frère, de crainte que le père ne lui accorde sa main dans l'intention d'adopter plus tard le fils auquel elle donnera le jour. » [3]. Le fils de la fille mariée sous cette condition, nommé putrika-putra, est, par une dérogation notable aux principes généraux, réputé non point le fils de son père, mais le fils de son grand-père maternel, et il appartient non à la famille de son père mais à celle de sa mère [4].

(1) Cf. Kohler, *Zeitsch. für vergleich. Rechtswiss.*, III, p. 405 et s.
(2) Lois de Manou, IX, 127 et s.
(3) *Ibid.*, III, 11.
(4) D'après les lois de Moïse (*Nombres*, 27, 36), lorsque le défunt ne laisse qu'une fille, elle a le devoir de donner à son père une postérité qui prévienne

Le législateur athénien, pour obéir à la même pensée et et pour donner au défunt, mort sans enfants mâles, un continuateur posthume de sa personne, a institué l'épiclérat. A cet effet, la fille laissée par le défunt, et qui est, comme nous le verrons, plutôt attachée à la succession que véritablement héritière, doit épouser le plus proche parent paternel du *de cujus*, et le fils qui naîtra de cette union, et qui sera ainsi, autant que possible, du sang du défunt, n'entrera pas dans la famille de son père; il restera dans celle de sa mère et sera réputé non pas le fils de son père mais le fils de son grand-père , et on lui donne ordinairement un nom particulier, θυγατριδοῦς, c'est-à-dire fils de la fille, ou plutôt fils par la fille. Cet enfant est le fils du grand-père maternel non seulement aux yeux de la religion, mais encore au point de vue du droit, car c'est lui qui hérite de la fortune de son aïeul. Dès, en effet, qu'il a atteint sa majorité, on ne s'inquiète plus des droits de la fille, successible cependant au premier degré, et, sans attendre sa mort, on remet à cet enfant tous les biens composant la succession de son aïeul, et il en devient propriétaire sous la seule condition de fournir des aliments à sa mère. En même temps que le patrimoine les *sacra* de l'aïeul maternel sont transmis au petit-fils, et

l'extinction de son nom. La fille unique du défunt, de même que sa veuve, fait en quelque sorte partie de la succession. Nul ne peut recueillir l'héritage sans épouser l'orpheline et inscrire sous le nom du défunt, dans les régistres généalogiques, le premier enfant mâle qu'elle lui donnait. De même l'orpheline ne peut offrir sa main et l'héritage qui y est attaché à une personne étrangère à la famille du défunt. Cf. Michaëlis, *Mosaïsches Recht*, t. II, § 18; Mayer, t. II, § 255; Gide, *Condition de la femme*.

(1) Kohler (*loc. cit.*, p. 394), indique comment on est arrivé à considérer le fils de la fille comme le fils naturel de l'aïeul : « Pour les peuples indo-germaniques, dit-il, il y a un élément juridique qui peut être considéré comme le pivot du développement du droit, à savoir que la paternité a pour fondement le droit du mari sur la femme, droit en vertu duquel l'enfant de la femme appartient au père de famille, de même que les fruits au propriétaire du champ, et que l'enfant appartient au père, parce que celui-ci est le maître de la femme et, comme tel, également maître des fruits qui en naissent. » Cf. Hafter, p. 6.

les sacrifices aux dieux domestiques, momentanément interrompus, reprennent leurs cours. Ainsi, à Athènes, de même que chez les anciens Hindous, le père qui n'a qu'une fille, peut par elle, à l'aide d'une fiction religieuse et légale, se faire un fils, continuateur de la famille et du culte domestique. La fille épiclère n'est dès lors considérée que comme un intermédiaire entre l'aïeul et le petit-fils, afin d'assurer la transmission à celui-ci tout à la fois du patrimoine et des *sacra*. Il y a là, pour employer une expression moderne, une véritable substitution en même temps civile et religieuse. Au point de vue des biens, spécialement, l'héritage recueilli par la fille ἐπίκληρος est, de même que la dot constituée à la fille ἐπίπροικος, destiné principalement aux enfants à naître de son mariage, avec cette différence toutefois, que le caractère de substitution est bien plus accentué dans le premier cas que dans le second.

L'analogie est donc frappante entre l'institution admise par les lois de Manou et celle du droit attique, mais elle n'est point absolue. Ainsi d'abord, dans le droit hindou, c'est au moyen d'une stipulation formelle que le père peut se donner un fils par l'intermédiaire de sa fille. A Athènes, au contraire, si cette stipulation est quelquefois formellement exprimée [1], elle est, en principe, sous-entendue et la loi supplée à la manifestation formelle de la volonté paternelle en décidant que l'épiclère doit épouser le plus proche parent paternel, si celui-ci la réclame, afin de donner ainsi un fils à l'aïeul maternel. Une autre différence entre la loi de Manou et le droit attique, c'est que, d'après la première, le père stipule que l'enfant à naître de sa fille sera considéré

(1) Tel est le cas dont parle le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus, § 73: ἐξόν.... ἐπί ἅπαντι τῷ κλήρῳ ἐπίδικον καταλιπεῖν αὐτήν, καὶ ἐπισκῆψαι τῶν γιγνομένων τῆς θυγατρὸς παίδων εἰσαγαγεῖν υἱὸν ἑαυτῷ. Tel est également celui auquel se réfère le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos, § 12 : μετὰ ταῦτα ἤδη ἐσπούδαζεν ὅπως ἐκ τῆς θυγατρὸς εἰσποιηθῇ αὐτῷ υἱὸς εἰς τὸν οἶκον ἑαυτοῦ καὶ τὸν 'Αγνίου. Cf. Hafter, p. 3.

ipso jure comme son propre fils à lui. Dans le droit attique, au contraire, la volonté du père, formellement exprimée ou sous-entendue par la loi, ne se réfère point tant au mariage de sa fille avec le plus proche parent paternel qu'à l'introduction du fils de l'épiclère dans la famille de l'aïeul par une sorte d'adoption posthume [1]. Aussi, comme nous le verrons, à l'époque des orateurs, le fils de l'épiclère ne devient, en fait, le continuateur de la personne de son grand-père qu'au moyen de formalités semblables à celle d'une adoption ordinaire [2].

Si le mariage forcé de l'épiclère avec le plus proche parent paternel a pour but, à l'origine, de donner au défunt un héritier de son sang, et si l'intérêt religieux est l'intérêt primordial auquel tout était subordonné, le temps et l'affaiblissement des anciennes croyances amenèrent un changement notable dans le caractère de l'institution qui nous occupe, et l'on peut même dire que cette institution ne s'est conservée si longtemps qu'en raison de l'intérêt pécuniaire que les agnats avaient à son maintien. C'est qu'en effet, l'idée que nous avons exprimée, et d'après laquelle la naissance d'un fils, d'un continuateur du culte domestique, a inspiré la législation des épiclères, doit se combiner avec d'autres considérations d'ordre matériel. Il est probable que le droit des filles de recueillir, à défaut de fils, la succession du père, fut un adoucissement à une législation plus ancienne et plus rigoureuse qui faisait passer l'héritage au plus proche du γένος, τῷ ἐγγύτατα γένους, au plus proche par les mâles, ou comme auraient dit les Latins, au plus proche agnat ou *genti-*

(1) C'est ce dont témoignent les expressions employées par les orateurs, εἰσαγαγεῖν υἱὸν, εἰσποιεῖν υἱὸν. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 15 et *De Aristarchi her.*, § 14; Démosthène, *Adv. Macart.*, § 12. Cette adoption posthume n'est point cependant, comme nous le démontrerons, une condition légale de la transmission de la succession au fils de l'épiclère.

(2) Gide, *loc. cit.* p. 79; Hafter, p. 8.

lis. Quand la règle contraire vint à prévaloir [1], on rendit, d'une manière détournée, au plus proche agnat l'héritage qui lui échappait, en lui donnant le droit d'épouser la fille qui succédait à sa place. On conciliait, par ce moyen, l'intérêt de la famille avec celui de la femme [2]. C'est pour cela que la main de l'orpheline est, à l'époque des orateurs, considérée comme une dépendance de la succession, comme une sorte de droit héréditaire et que la fille est appelée ἐπίκληρος, c'est-à-dire jointe à la succession. Aussi verrons-nous que les plus proches agnats peuvent la réclamer et se la disputer entre eux par une action en justice qui, par le nom et par la forme, est toute semblable à la pétition d'hérédité. Cette espèce de succession à la main de la fille diffère cependant, à certains égards, d'une succession ordinaire. D'abord, par la force même des choses, elle est indivisible et, en cas de concours de plusieurs parents au même degré, c'est à l'un d'eux seulement qu'est attribuée l'orpheline. D'autre part, c'est une succession qui, dans certains cas, ne peut pas être répudiée, précisément lorsque l'orpheline est sans fortune [3].

Avec le développement de la richesse publique, l'intérêt pécuniaire des agnats qui, dans la conception primitive, s'effaçait derrière les intérêts supérieurs de la religion et de la famille, ne tarda pas à passer au premier plan. La fille épiclère en qui, à l'origine, on voyait seulement un moyen de donner à son père un continuateur de son culte, ne fut désormais considérée que comme un accessoire de la succession paternelle, objet des convoitises des plus proches parents [4]. Sans doute, le caractère primitif de l'épiclérat est

(1) On peut encore retrouver des traces de l'ancienne règle dans le plaidoyer d'Isée pour l'héritage de Ciron. Cf. Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 39-40; Caillemer, *Succession*, p. 15.

(2) Cauvet, p 146, 147; Fustel de Coulanges, *loc. cit.*

(3) Gide, *loc. cit.*, p. 80.

(4) Cf. Hruza, I, p. 95; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 470.

encore signalé quelquefois dans les plaidoyers des orateurs, mais, en fait, le sens de l'institution s'obscurcit de plus en plus par suite de la conception nouvelle et purement pécuniaire qui s'en est faite, et l'épiclérat est condamné à disparaître quand l'émancipation de la femme sera un fait accompli et qu'on lui aura reconnu franchement les mêmes droits successoraux qu'à l'homme.

Les familles patriarcales étant ordinairement très prolifiques, il était rare, à l'origine, que le père ne laissât qu'une fille pour lui succéder et qu'il dût recourir, pour se procurer un continuateur de son culte, au moyen que nous avons indiqué. Mais à mesure que le γένος se démembra, le fait devint plus fréquent et l'on sentit dès lors la nécessité de légiférer sur les épiclères. Cette nécessité apparut davantage encore quand le caractère de l'institution se modifia, et que l'intérêt pécuniaire des agnats devint prépondérant. A Athènes, les premières lois sur la matière furent, selon toute vraisemblance, édictées par Solon. Aristote [1] lui attribue une loi περὶ τῶν κλήρων καὶ ἐπικλήρων, loi qui, dit-il, n'était rédigée μηδὲ ἁπλῶς μηδὲ σαφῶς, de sorte que tout était abandonné aux décisions arbitraires des tribunaux. Le témoignage de Plutarque [2] concorde sur ce point avec celui d'Aristote. Celui-ci ajoute [3] que les trente tyrans abrogèrent les lois qui prêtaient aux controversés afin de diminuer ainsi la puissance des tribunaux. Il ne signale spécialement, il est vrai, que l'abrogation de la loi concernant les causes de nullité des testaments, mais en disant qu'il en fut fait de même pour les autres, ὁμοίως δὲ ταῦτ' ἔδρων ἐπὶ τῶν ἄλλων, d'où l'on peut conclure que la législation des épiclères fut éga-

(1) *Constit. des Ath.*, § 9.

(2) *Solon*, c. 18 : λέγεται δὲ καὶ τοὺς νόμους ἀσαφέστερον γράψας καὶ πολλὰς ἀντιλήψεις ἔχοντας.... μὴ δυναμένους γὰρ ὑπὸ τῶν νόμων διαλυθῆναι περὶ ὧν διεφέροντο, συνέβαινεν ἀεὶ δεῖσθαι δικαστῶν καὶ πᾶν ἄγειν ἀμφισβήτημα πρὸς ἐκείνους, τρόπον τινὰ τῶν νόμων κυρίους ὄντας.

(3) *Ibid.*, c. 35.

lement réformée. Mais toutes ces modifications furent elles-mêmes abolies après la restauration de la démocratie, et les lois de Solon furent remises en vigueur. On peut ainsi supposer que l'épiclérat est réglementé, à l'époque des orateurs, à peu près de la même manière qu'il l'avait été par Solon [1]. Cette supposition est d'autant plus plausible que les lois qui nous sont parvenues sur la matière présentent bien encore, sur certains points, le caractère d'obscurité que leur attribuent Plutarque et Aristote, et donnent lieu, comme nous le verrons, à de sérieuses difficultés [2].

L'épiclérat n'est point une institution spéciale au droit attique, et cela se conçoit très bien si l'on réfléchit que le sentiment religieux et de famille auquel il répondait, était commun à tous les peuples établis sur le sol grec, qui avaient la même origine et la même religion. Aussi trouve-t-on dans un grand nombre de cités de la Grèce des traces plus ou moins considérables d'une législation semblable à celle qu'avait édictée Solon pour Athènes. Il est certain qu'avec l'ascendant politique et intellectuel d'Athènes, ses lois, en matière successorale, durent se répandre peu à peu dans toute la Grèce, et Isocrate nous apprend, dans l'*Eginétique*, que toutes les îles de l'Archipel les avaient adoptées. Ainsi on trouve des épiclères à Mitylène, ville éolienne, et Aristote signale leur grand nombre comme une cause de trouble [3]. Chez les Phocidiens, dans les villes de la Chalcidique de Thrace, une loi sur les épiclères avait été donnée par un certain Androdamas de Rhegium [4]. A Thurium, la

(1) Hruza, I, p. 96.

(2) Les lois concernant l'épiclérat sont toutes citées dans les plaidoyers de Démosthène, ou du moins attribués à cet orateur. Loi sur la tutelle des femmes: *C. Macart.*, § 75 et *C. Steph.*, II, §§ 18 et 20; lois sur l'épidicasie et la diadicasie : *C. Steph.*, II, § 22 et *C. Macart*, § 19; loi sur l'anchistie: *C. Macart*, § 51.

(3) Aristote, *Polit.*, V. 3, 3.

(4) Aristote, *Polit.*, II, 9, 9.

législation de Charondas [1] sur les épiclères ressemble d'une manière frappante à celle de Solon, et il y a même lieu de supposer, comme nous le verrons en étudiant la situation de l'épiclère θῆσσα, que le législateur athénien s'est inspiré sur certains points des dispositions de Charondas. On rencontre aussi des épiclères adoptives à Cos, chez les Doriens d'Halicarnasse [2]. A Théra, île de population également dorienne, il existe des épiclères au IIIe siècle avant Jésus-Christ : plusieurs font partie, avec leurs maris, d'une association religieuse fondée par le testament d'une certaine Epictéta, tandis que les autres femmes en sont écartées dès leur mariage [3] [4].

On retrouve l'épiclérat même à Sparte, où l'épiclère, nommée πατροῦχος, ἐπιπαμάτις, est sous la protection spéciale du roi, lorsque son père ne l'a pas mariée de son vivant [5]. Jusqu'à l'époque d'Epitadée, le droit de l'épiclérat a dû exister à Sparte [6] dans toute sa rigueur et la situation de l'épiclère devait être à peu près la même qu'à Athènes. Le roi, de même que l'archonte à Athènes, est chargé d'adjuger l'épiclère quand il y a contestation [7]. Mais la licence plus grande des mœurs et l'accroissement de l'influence sociale exercée par les femmes amenèrent un changement

(1) Diodore de Sicile, XII, 18, 13.

(2) Le Bas-Waddington, III, 507.

(3) *Corp. inscr. gr.*, II, 2448. Cf. Dareste. *Le testament d'Epictèta, in Nouv. Rev. hist. du droit*, 1883, p. 249-261.

(4) Un texte de Valère-Maxime (II, 6, 8), parle d'une femme de l'ile de Céos qui laisse deux filles avec sept petits-fils et leur distribue son patrimoine, « *cultu suo majori filiæ tradito.* » Mais il est fort douteux qu'il s'agisse ici d'une épiclère, car le mot *cultus* peut désigner certains objets de famille qui sont considérés comme sacrés. Cf. Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epiclère*, p. 665, note 67; Levy, p. 61.

(5) Hérodote, VI, 57 : δικάζειν δὲ μούνους τοὺς βασιλέας τοσάδε μοῦνα· πατρούχου τε παρθένου πέρι, ἐς τὸν ἱκνέεται ἔχειν, ἢν μήπερ ὁ πατὴρ αὐτὴν ἐγγυήσῃ.

(6) On y voit, dans les auteurs anciens de nombreux exemples de neveux épousant leurs tantes. Cf. Hérodote, VI, 71, VII, 204; Plutarque, *Agis*, 11 et 17 et *Lysander*, 30. Cf. O. Müller, *Die Dorier*, II, p. 196 et s.

(7) Hérodote, VI, 57. Cf. Lécrivain, *loc. cit.*

dans la législation, car de jeunes et riches héritières ne se souciaient plus d'épouser un vieil oncle uniquement pour l'honneur du culte des ancêtres [1]. La loi d'Epitadée [2] permit au père de donner l'épiclère à qui bon lui semblait, et de la marier même en dehors de l'anchistie, et sans doute aussi même sans l'héritage. Si, d'autre part, le père meurt sans laisser de testament ou sans exprimer sa volonté au sujet de l'épiclère, son héritier est autorisé à la marier à son gré, vraisemblablement en lui donnant une dot [3]. L'ancien système était ainsi complètement abandonné.

On rencontre enfin l'épiclérat en Crète et la loi de Gortyne fournit, à ce sujet, des renseignements très étendus. Nous aurons souvent à rapprocher les dispositions de cette loi de celles qui sont en vigueur à Athénes, mais nous devons observer dés à présent que la loi de Gortyne nous montre l'institution de l'épiclérat déjà en pleine décadence. Ainsi que l'expliquent très bien Dareste, Haussoulier et Reinach : « Dans cette loi, les droits successoraux des femmes sont largement reconnus : les sœurs et leurs descendants priment les collatéraux ordinaires, les filles concourent pour une certaine part avec les fils. La fille épiclère n'a déjà plus, dès lors, une situation exceptionnelle, et comme son mariage forcé choque les idées nouvelles, on lui facilite les moyens de se soustraire à cette obligation, tantôt gratuitement, tantôt à titre onéreux. L'ensemble de la législation sur la matière est un assez incohérent amalgame de dispositions inspirées par cette conception nouvelle, purement pécuniaire, de l'épiclérat, et de règles plus archaïques, plus sévères, empruntées à l'ancien droit [4]. » La législation con-

(1) Jannet, *Instit. soc.*, p. 134.

(2) Aristote, *Polit.*, II, 6, 11: νῦν δ' ἔξεστι δοῦναι τε τὴν ἐπίκληρον ὅτῳ ἂν βούληται, κἂν ἀποθάνῃ μὴ διαθέμενος, ὃν ἂν καταλίπῃ κληρονόμον, οὗτος ᾧ ἂν θέλῃ δίδωσιν. Cf. Fustel de Coulanges, *in Journal des savants*, 1880, p. 141.

(3) Lécrivain, *loc. cit.*

(4) p. 470. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 149 à 151.

cernant les filles épiclères, nommées en Crète patrôoques [1], doit, du reste, être d'une origine assez récente, car la loi de Gortyne est à ce sujet d'une grande prolixité et, comme on le sait, le propre des législations anciennes est d'entrer dans de minutieux détails chaque fois qu'elles ont à statuer sur une innovation. Or, on voit la loi de Gortyne aller jusqu'à définir ce qu'il faut entendre par une patrôoque, ce qui prouve bien que toutes ces questions n'avaient point été législativement résolues par le droit antérieur de cette république [2].

II. — Terminologie et définition (3).

A Athènes, la fille appelée à succéder à son père pour transmettre au fils à naître de son mariage l'héritage et le culte paternels, se nomme, en principe, ἐπίκληρος, ou quelquefois aussi, suivant une expression attribuée par les lexicographes à Isée et à Solon, ἐπικληρῖτις [4] [5]. L'origine de ces expressions est manifeste, et, dans la définition qu'il donne de la

(1) Πατροιοκος est, au fond, identique au πατροῦχος d'Hérodote, VI, 57. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 470, note 3.

(2) Guiraud, p. 106.

(3) Si tous les discours prononcés par les orateurs athéniens relativement à des ἐπιδικασίαι d'épiclères nous étaient parvenus, ils fourniraient des documents précieux pour l'étude de l'épiclérat. Nous avons ainsi à regretter la perte de trois plaidoyers de Lysias pour les filles d'Antiphon, d'Onomaclès et de Phrynicos, de trois plaidoyers d'Isée contre Satyros, contre Lysibios et pour la fille de Mnésitheos, et de deux plaidoyers de Dinarque pour la fille d'Iophon et pour une épiclère réclamée par Hégélochos. Les comiques avaient également pris maintes fois les épiclères pour sujet de leurs pièces. Mais ces comédies sont aussi malheureusement perdues et nous ne possédons qu'une imitation de l'ἐπιδικαζόμενος d'Apollodore dans le Phormion de Térence. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 570-571.

(4) Harpocration v° ἐπίδικος : ὁ δὲ Ἰσαῖος ἐν τῷ πρὸς Λυσίβιον τὴν ἐπίκληρον ἐπικληρῖτιν κέκληκεν. Pollux, III, 33: ἐκάλεσαν δέ τινες αὐτὴν καὶ πατροῦχον, Ἰσαῖος δὲ καὶ ἐπικληρῖτιν, ὥσπερ καὶ Σόλων. Cf. Isée, *De Arist. her.*, § 4 : ἐπὶ παντὶ τῷ οἴκῳ ἐπίκληρος.

(5) On rencontre aussi quelquefois, chez les poètes, l'expression ἔγκληρος. Cf. Euripide, *Iph. Taur.*, v. 682; *Hippolyt.*, v. 1011. Cf. Hafter, p. 11.

fille épiclère par opposition à la fille dotée, Harpocration [1] dit : ἐπίκληρος μὲν ἐστιν ἡ ἐπὶ παντί τῷ κλήρῳ ὀρφανὴ καταλελειμμένη, μὴ ὄντος αὐτῇ ἀδελφοῦ· ἐπίπροικος δὲ ἡ ἐπὶ μέρει τινὶ τοῦ κλήρου, ὥστε προῖκα ἔχειν, ἀδελφῶν αὐτῇ ὄντων. Le lien entre l'épiclère et l'héritage qu'elle recueille est ainsi nettement marqué [2].

Il y a cependant une certaine classe d'épiclères pour lesquelles l'expression ἐπίκληρος serait en quelque sorte un contre sens : ce sont celles qui n'ont à attendre de leur père aucun héritage ou qu'un héritage absolument insignifiant. On ne saurait dire d'une fille de ce genre qu'elle est ἐπὶ κλήρῳ καταλειφθεῖσα. Aussi pour désigner les filles dont les parents appartenaient à la quatrième classe des citoyens, les Thètes, les Athéniens avaient-ils une expression particulière, θῆσσα, et ils évitaient d'employer jamais le mot ἐπίκληρος [3]. Néanmoins, cette dernière expression désigne aussi, dans un sens large, toute épiclère à quelque classe qu'appartiennent ses parents [4].

L'épiclère peut, d'une manière générale, et abstraction faite de la situation de fortune de son père [5], être définie : la fille, légitime ou adoptive, appelée à succéder à son père, mariée ou non à l'époque du décès de celui-ci, mais n'ayant point alors, si elle est mariée, de fils majeur, et n'ayant non plus à cette même époque ni frères consanguins ou adoptifs ou descendants d'eux ni son grand-père paternel [6]. Nous avons à reprendre séparément et à justifier

(1) V° ἐπίδικος.

(2) Cf. Schœmann, sur Isée, p. 437.

(3) Harpocration, v° θῆτες : ὁ μέντοι Δημοσθένης ἐπίκληρον ὠνόμασε τὴν πενιχρὰν κόρην, ἣν θῆσσαν ὀνομάζουσιν οἱ Ἀττικοί. Suidas, v° θῆττα : ἐπίκληρος, οὐκ ἔχουσα φερνήν, πενιχρὰ καταλειφθεῖσα ὑπὸ τοῦ πατρός.

(4) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 54 : τῶν ἐπικλήρων ὅσαι θητικὸν τελοῦσιν.

(5) C'est-à-dire, même si elle est θῆσσα. L'épiclère θῆσσα a, en effet, sauf sur un point particulier, la même situation juridique que toute autre épiclère. V. *infra*, p. 487.

(6) D'après la loi de Gortyne (VIII, 40). « Est patròoque la fille qui n'a plus ni père, ni frère issu du même père ». Il faut sous-entendre, comme nous l'admettons pour le droit attique (v. *infra*, p. 418-419) : ni neveux issus de ses frères. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 470 ; Bücheler et Zitelmann, p. 149.

les différents termes de cette définition, qui est loin d'ailleurs, comme nous le verrons, de concorder exactement avec celles que les lexicographes ont données de l'épiclère.

Il ne peut, tout d'abord, y avoir lieu à l'épiclérat que si la fille laissée par le défunt est légitime. Les enfants naturels sont, en effet, d'une manière générale, en dehors de l'ἀγχιστεία et ils ne succèdent ni au culte domestique ni aux biens [1]. Il ne saurait donc être question de faire transmettre à l'enfant à naître d'une fille naturelle un héritage qui ne pourrait pas être recueilli en première ligne par une fille légalement exclue de la succession. Si l'épiclère n'est, au fond, qu'un moyen de transmission, c'est elle cependant qui, en droit, est héritière en première ligne, et, dès lors, elle doit avoir la capacité requise pour succéder à son père [2].

La fille épiclère, si elle ne peut être νόθη, peut, au contraire, être simplement adoptive. Nous verrons, en effet, en étudiant la théorie de l'adoption, qu'une femme peut être adoptée, bien qu'elle soit incapable de remplir le but de cette institution, c'est-à-dire de perpétuer le culte domestique : c'est le cas de θυγατροποιΐα. Une semblable adoption, sur la signification de laquelle on n'est pas d'accord, a pour effet, selon nous, de mettre la fille adoptive dans la même situation que la fille légitime et, par suite, de la rendre épiclère, si les autres conditions de l'épiclérat sont réunies [3].

Il n'y a lieu à l'épiclérat que si la succession paternelle est ouverte. Tant que vit son père, alors même qu'elle n'a

(1) Cf. Bunsen, *De jur. her. Athen.*, p. 15 ; Gans, I, p. 313 ; Caillemer, *Succession*, p. 25.

(2) C'est ce qui résulte notamment, d'une manière évidente, du discours d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus, §§ 67 et s. Ce plaidoyer roule sur le point de savoir si Philé, fille de Pyrrhus, est née en légitime mariage et, par suite, est épiclère, ou si au contraire, étant νόθη, elle élève des prétentions injustes à la succession de Pyrrhus. Cf. Hafter, p. 75.

(3) Cf. Lécrivain, *loc. cit.*, p. 662.

aucun frère, une fille ne saurait être qualifiée d'épiclère. Cette solution semble, il est vrai, contredite par certaines définitions des lexicographes. Ainsi Pollux [1] dit, en parlant de l'ἐπίκληρος : καὶ ἡ μὲν ἐπὶ παντί τῷ κλήρῳ τρεφομένη μόνη θυγάτηρ ἐπίκληρος περιόντος δὲ τοῦ πατρὸς καὶ ἀποθανόντος. On lit de même, dans le lexique de Suidas, [2] cette définition probablement empruntée à Eustathius : ὁμοίως δὲ καὶ τὴν ἤδη γεγαμένην, ὅταν ᾖ ἐπὶ τῇ οὐσίᾳ ὅλῃ καταλελειμμένη καλεῖται δὲ ἐπίκληρος καὶ ἡ μηδέπω γεγαμημένη, ἀλλὰ παρὰ τῷ πατρὶ οὖσα, καθότι κάθηκει αὐτῇ πᾶσα ἡ οὐσία. Mais ces définitions sont manifestement inexactes et en contradiction avec l'étymologie même du mot ἐπίκληρος, qui suppose l'ouverture d'une succession, κλῆρος, à laquelle la fille est attachée. Aussi, dans la définition que nous avons précédemment citée [3], Harpocration suppose-t-il que l'épiclère est orpheline, ἡ ἐπὶ παντὶ τῷ κλήρῳ ὀρφανὴ καταλελειμμένη. De même, le scholiaste d'Aristophane [4] exige comme une condition de l'épiclérat ὅταν παῖς ὀρφανὴ πατρὸς καὶ μητρὸς. Peut-être cependant pourrait-on concilier ces différentes définitions en disant que Suidas et Pollux, envisageant le fait plutôt que le droit, qualifient d'ἐπίκληρος la fille qui n'est encore épiclère qu'en expectative et qui ne deviendra vraiment telle que par le décès de son père [5].

Il n'est point nécessaire, d'ailleurs, pour qu'une fille soit épiclère, qu'elle succède seule à toute l'hérédité paternelle. La définition précitée d'Harpocration, ἡ ἐπὶ παντὶ τῷ κλήρῳ ὀρφανὴ καταλελειμμένη, pourrait, il est vrai, laisser croire le contraire [6]. Mais il est certain qu'il peut y avoir simultané-

(1) III, 33.
(2) Suidas, vº ἐπίκληρος.
(3) *Supra*, p. 409.
(4) *Vespæ*, 581.
(5) Cf. Hafter, p. 11.
(6) Cette définition, comme les autres précédemment citées, montre que l'épiclère, si elle est seule, peut recueillir la totalité de l'héritage paternel. On a soutenu que la succession devait se partager entre elle et les parents paternels les

ment plusieurs filles épiclères [1], et nous aurons à indiquer ultérieurement les règles spéciales à suivre en ce cas pour leur revendication par les plus proches parents.

S'il faut, pour qu'une fille soit épiclère, que la succession paternelle soit ouverte, il importe peu que sa mère vive encore ou soit prédécédée. Le scholiaste d'Aristophane [2] exige, sans doute, comme condition de l'épiclérat, que la fille soit orpheline de père et de mère, ὅταν παῖς ὀρφανὴ πατρὸς καὶ μητρὸς. Il est néanmoins certain que le prédécès de la mère n'est nullement une condition requise pour que la fille soit épiclère. La mère, en effet, si elle survit, n'a point la tutelle de sa fille ni le droit de la donner en mariage, les fonctions de kyrios ne pouvant appartenir qu'au plus proche agnat. D'autre part, après la mort du père, c'est la fille exclusivement et non la mère qui hérite. On ne voit point comment la survivance de la mère pourrait faire obstacle à l'application d'une institution qui a uniquement pour but la continuation de la personne du défunt et de son culte domestique, culte que la veuve n'a point qualité pour pratiquer. L'addition des mots καὶ μητρὸς, dans la définition du scholiaste d'Aristophane, est donc manifestement erronée, et beaucoup plus exactement Pollux, dans la définition précédemment citée, qui prête cependant à la critique à un point de vue, ne fait allusion qu'au décès du père, τοῦ πατρὸς ἀποθανόντος [3].

Il importe peu, avons-nous dit dans notre définition de l'épiclère, que la fille héritière soit ou non mariée à l'époque du décès de son père. C'est ce que dit Suidas dans la

plus rapprochés. Mais c'est là une opinion dont nous démontrerons l'inexactitude en exposant les règles de la dévolution des successions.

(1) Suidas, v° ἐπίκληρος : καλοῦνται δὲ ἐπίκληροι, κἂν δύο ὦσιν, κἂν πλείους. Cf. Isée, *De Cir. her.*, §§ 40, 41.

(2) *Loc. cit.* Harpocration, v° ἐπίδικος, dit, sans spécifier davantage : ὀρφανή.

(3) Hafter, p. 13.

définition précitée : ὁμοίως δὲ καὶ τὴν ἤδη γεγαμένην. Nous verrons même que si l'épiclère est déjà mariée à la mort de son père, la revendication du plus proche agnat peut avoir pour effet de rompre son mariage.

Lorsque, du vivant de son père, une fille unique, appelée à lui succéder comme épiclère, a été mariée et que les enfants mâles nés de ce mariage sont majeurs au moment du décès de leur aïeul maternel, il ne saurait être question d'épiclérat, et ces enfants succèdent directement à leur grand-père. Cette solution résulte du but même de l'institution, l'épiclère n'étant considérée en quelque sorte que comme une dépositaire de l'héritage paternel avec mission de le rendre aux petits-enfants dès qu'ils ont atteint leur majorité. Si donc ceux-ci sont majeurs quand s'ouvre la succession de leur aïeul, ils la recueillent directement et peuvent immédiatement continuer le culte domestique : l'intermédiaire de l'épiclère n'a pas de raison d'être. C'est ce que l'on peut induire également du plaidoyer d'Isée pour l'héritage de Ciron. Les petit-fils de ce dernier, nés d'une fille unique, revendiquent pour eux la succession de leur grand-père qui vient de s'ouvrir, et ils sont majeurs évidemment, sinon ils ne pourraient pas ester eux-mêmes en justice. La fille de Ciron n'a donc jamais été épiclère, quoique fille unique [1].

Lorsqu'à la mort de son père, la fille appelée à lui succéder en l'absence de frères est encore mineure, est elle immédiatement épiclère, ou bien, au contraire, ne peut-il être question des droits et des obligations dérivant de l'épiclérat qu'après qu'elle a atteint l'âge de la majorité? On a enseigné que si le père meurt quand la fille est encore en état de minorité, celle-ci est bien, sans doute, qualifiée d'ἐπίκληρος, mais, en droit, elle ne saurait être traitée comme telle et il n'y a point lieu dès lors à l'épidicasie. La fille mineure héritière, doit, comme orpheline, ὀρφανή, être pour-

(1) V. Isée, *De Cir. her.*, §§ 1 et 7. Hafter, p. 26.

vue d'un tuteur ordinaire, ἐπίτροπος. C'est seulement quand elle a atteint sa majorité que le plus proche agnat peut valoir ses droits sur elle et la revendiquer par voie d'épidicasie. Elle passe alors de la tutelle de son tuteur, ἐπίτροπος, sous la puissance de son kyrios, c'est-à-dire sous la tutelle spéciale des femmes pubères [1].

Nous ne voyons point, au contraire, de raison suffisante pour ne pas considérer immédiatement comme épiclère, avec toutes les conséquences juridiques que comporte l'épiclérat, la fille héritière même mineure au décès de son père. Il est vrai qu'en pareil cas le plus proche agnat ne peut aussitôt épouser l'épiclère, qui n'est point pubère. Mais il n'y a pas de motif pour qu'il ne puisse pas faire valoir ses droits sur elle dès le décès du père, et même pour qu'on ne puisse pas considérer comme juridiquement formé, dès ce moment, par voie d'épidicasie, le mariage de cet agnat avec l'orpheline. Nous avons vu, en effet, que l'engyésis, qui est le mode ordinaire de formation du mariage dans le droit attique, peut avoir lieu alors même que la femme est mineure : l'exemple du père de Démosthène le prouve manifestement . Seulement, la consommation du mariage, le γάμος n'a lieu qu'ultérieurement, quand la femme est devenue pubère. Il doit en être de même pour le cas qui nous occupe. Le mariage de la fille héritière pourra être valablement formé aussitôt après le décès de son père, mais il ne pourra être consommé que lors de la majorité de l'épiclère [3] [4].

(1) Heffter, p. 78; Hafter, p. 15. Lécrivain (*loc, cit.*, p. 662) dit également en ce sens : « A la mort du père, si la fille épiclère est encore mineure, elle passe sous la tutelle, soit du tuteur testamentaire, s'il y en a un, soit du plus proche parent du côté paternel, grand-père, oncle, cousin-germain, etc., selon l'ordre ordinaire de l'ἀγχιστεία ; une fois majeure, elle continue à avoir ce plus proche parent pour κύριος jusqu'à son mariage. C'est ce κύριος qui est chargé du soin de la marier, de procéder à l'ἐγγύησις.

(2) V. *supra*, p. 135.

(3) Hruza, I, p. 109, note 33.

(4) La loi de Gortyne pose des règles assez détaillées relativement à la tutelle de la fille patrôoque dans la période qui s'étend entre la mort de son

Une fille n'est épiclère, avons-nous dit, que si, au décès de son père, elle n'a ni son grand-père paternel, ni frères consanguins. Certaines définitions des lexicographes ne font cependant aucune allusion à l'inexistence du grand-père paternel et semblent se contenter de l'absence des frères consanguins pour qu'une fille puisse être considérée comme épiclère. Ainsi Harpocration, dans la définition précitée, se borne à poser comme condition pour qu'une fille soit épiclère, μὴ ὄντος αὐτῇ ἀδελφοῦ, tandis qu'au contraire, dit-il, la fille ἐπίπροικος est celle qui reçoit une dot ἀδελφῶν αὐτῇ ὄντων. De même, le scholiaste d'Aristophane dit qu'une fille est épiclère ὅταν παῖς ὀρφανὴ πατρὸς καὶ μητρὸς, ἀδελφῶν τε ἔρημος, καὶ ταύτῃ τύχῃ ὑποκειμένη οὐσία [1]. Mais ces définitions ne sauraient prévaloir

kyrios et le mariage ou la puberté de la patrôoque. Il faut distinguer, à cet égard, suivant qu'il y a ou non un ayant-droit. En cas d'affirmative, l'ayant-droit partage avec l'héritière, jusqu'à sa puberté, les fruits de son patrimoine (VII, 29-35). L'administration de ce patrimoine appartient collectivement aux oncles paternels (VIII, 43-45), dont l'aîné est ordinairement l'ayant-droit. Quant à la garde de la personne de la patrôoque, la loi n'en parle pas, et on a conjecturé, avec assez de raison, qu'elle doit appartenir à l'ayant-droit, car celui-ci, devant un jour épouser l'héritière, ne saurait être suspect (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 476). Une fois la patrôoque devenue nubile et l'ayant-droit pubère, l'usufruit légal de celui-ci cesse de plein droit, soit qu'il se confonde avec le droit de jouissance du mari, dans le cas où l'ayant-droit épouse l'héritière, soit que l'ayant-droit, pubère mais encore mineur demande un délai, auquel cas la loi (VII, 35-40) le prive également de son usufruit, soit enfin qu'il refuse définitivement de l'épouser. Dans l'intervalle qui sépare la nubilité de la patrôoque de son mariage, c'est à elle-même que paraît revenir l'administration de ses biens, ainsi que cela résulte d'une disposition de la loi (IX, 1-14) qui suppose des actes d'administration et même de disposition passés par la patrôoque elle-même. Dans l'hypothèse où il n'y a pas d'ayant-droit, la loi attribue la tutelle de la patrôoque aux ὀρφανοδικασταί ou juges des orphelins (XII, 25-35). A défaut de ces juges, la patrôoque est, jusqu'à sa puberté, élevée chez sa mère ou, à défaut de mère, chez ses oncles maternels (VIII, 47-53). L'administration des biens est confiée simultanément à l'oncle paternel et à l'oncle maternel, la patrôoque ayant droit à l'intégralité de ses revenus, et cette tutelle dure jusqu'à ce que la fille soit mariée (XII, 25-35). Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 475-477 ; Bücheler et Zitelmann, p. 152, 158 à 160.

(1) *Vespæ*, v. 581.

contre les dispositions formelles de la loi célèbre citée dans le second plaidoyer de Démosthène contre Stéphanos [1] et relative au droit de donner une fille en mariage. Cette loi, dont l'authenticité ne fait aucun doute, et qui soulève de sérieuses difficultés que nous aurons à élucider en étudiant la tutelle des femmes pubères, est formelle pour conférer les fonctions de kyrios et, par suite, le droit de donner la pupille en mariage, en première ligne au père, à défaut du père au frère consanguin et enfin, à défaut de ces parents, au grand-père paternel. Donc si cet aïeul existe, il a, comme kyrios, le droit de disposer de sa petite-fille et, dès lors, celle-ci ne peut être l'objet d'une revendication de la part des plus proches parents paternels qui viendraient la réclamer à titre d'épiclère. Le silence gardé par les lexicographes relativement au grand-père se comprend, en un certain sens, car le droit de l'aïeul paternel ne devait s'exercer que très rarement, les fils survivant ordinairement à leur père [2].

Les définitions que nous venons de critiquer, et qui sont inexactes en passant l'aïeul paternel sous silence, sont également incomplètes ou trop absolues lorsqu'elles parlent des frères de l'épiclère. Il faut dire d'abord que l'existence d'un frère adoptif fait obstacle à l'épiclérat aussi bien que celle d'un frère légitime. La présence d'une fille n'empêche point le père de celle-ci d'adopter un étranger, mais comme nous le verrons à propos de l'adoption, le père de famille ne peut faire une semblable adoption que sous la condition que l'adopté épousera en même temps sa fille. On comprend qu'en pareille hypothèse, il n'y ait pas à parler d'épiclérat, car l'adoption permet précisément à l'adoptant d'atteindre le même but que l'épiclérat permet de réaliser, à savoir de se donner un continuateur à sa personne, et ce but est même

(1) § 18.
(2) Hafter, p. 16.
(3) Hruza, I, p. 51.

atteint plus directement par le moyen de l'adoption, puisque l'adopté succède immédiatement aux biens et au culte de son père adoptif, tandis que les enfants de l'épiclère n'y succèdent que lorsqu'ils sont devenus majeurs [1]. Nous aurons d'ailleurs à combiner ultérieurement pour cette hypothèse les règles de l'épidicasie avec les principes de l'adoption [2]. Nous observerons seulement dès à présent que l'adoption ne peut guère être pour le père d'une fille un moyen certain de soustraire celle-ci à la condition d'épiclère que s'il prend pour fils adoptif un de ses plus proches parents, car dans le cas contraire, ainsi que nous l'apprend Aristophane [3], les héliastes sont peu disposés à tenir compte des dispositions du père et peuvent casser son testament avec une grande facilité.

L'adoption, ainsi que nous le verrons, n'est point irrévocable ; elle peut être rompue par la seule volonté de l'adopté et celui-ci peut rentrer dans sa famille naturelle à la condition de laisser dans sa famille adoptif un fils légitime, γνήσιος υἱός, car la perpétuité de cette famille est alors assurée. Si ce fils adoptif a dû épouser la fille de l'adoptant, il n'y a pas lieu, comme nous l'avons établi, à l'épiclérat, mais si, cependant le fils adoptif renonce plus tard à l'adoption en remplissant la condition précitée, la situation est, en définitive, exactement semblable à celle qui se serait présentée s'il avait épousé une épiclère : dans les deux cas, en effet, ce sont les enfants de la fille qui sont réputés succéder directement à leur aïeul maternel et qui continuent son culte, et l'on fait abstraction de la personnne du fils adoptif aussi bien que de celle du mari de l'épiclère [4].

Lorsqu'une fille a un frère légitime, peu importe que ce

(1) Cf. Hafter, p. 27-28; Hruza, I, p. 119-120 ; Van den Es, p. 16-17 ; Lewy, p. 60 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 662.
(2) V. *infra*, chap. II, De l'adoption.
(3) *Vespæ*, v. 586.
(4) Cf. Hafter, p. 29.

soit un frère germain ou un frère consanguin : en aucun cas, elle ne peut être épiclère. Aussi la loi citée par Démosthène [1] concernant le droit de donner une fille en mariage, accorde-t-elle ce droit, après le père, à l'ἀδελφὸς ὁμοπάτωρ. Il se peut qu'une fille qui, n'ayant point de frère, était épiclère en expectative, cesse de l'être si son père, devenu veuf, se remarie et a des enfants mâles de son second mariage. Mais si ces enfants viennent eux-mêmes à disparaître avant la mort de leur père, leur sœur consanguine recueille la succession paternelle à titre d'épiclère [2].

Par contre, la présence d'un frère utérin, ὁμομήτριος ne fait nullement obstacle à ce que la fille soit épiclère à la mort de son père qui a épousé sa mère en seconde noces [3]. La tutelle n'est point déférée non plus, comme nous le verrons, au frère utérin, mais seulement au frère consanguin, et le frère utérin ne peut jamais être le kyrios de sa sœur que s'il a en même temps la qualité de plus proche parent paternel [4].

De même, une fille est épiclère bien qu'elle ait un frère du même père, si ce frère n'est pas légitime. L'enfant naturel, en effet, est exclu de l'anchistie, et dès lors sa sœur légitime recueille seule, et en qualité d'épiclère, la succession du père commun [5].

Il se peut aussi qu'une fille, bien que n'ayant ni son grand-père, ni frères consanguins ou adoptifs, ne soit point

(1) *Adv. Steph.*, II, § 18.

(2) Tel est le cas dont parle le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ciron, § 7. Le père de l'orateur, n'ayant qu'une fille, se remarie, a deux enfants de son second mariage, lesquels meurent avant leur père. La fille survivante succède alors comme épiclère. Cf. Hafter, p. 26.

(3) Cf. Isée, *De Cir. her.*, § 40 : οὗτος μὲν γὰρ ἔχει τὴν οὐσίαν, ἀφ' ἧς νῦν ἐστι λαμπρός, ἀλλοτρίαν, ἀδελφῶν τριῶν ὁμομητρίων ἐπικλήρων καταλειφθεισῶν αὐτὸν τῷ πατρὶ αὐτῶν εἰσποιήσας, οὐδεμίαν ἐκείνου περὶ τούτων ποιησαμένου διαθήκην.

(4) Hafter, p. 19.

(5) Hafter, p. 20. V. *infra*, Section VII, Des enfants naturels.

épiclère à la mort de son père. Ce cas se présente lorsqu'un frère consanguin est mort avant le père mais en laissant des enfants. Les petits-enfants viennent alors à la succession de l'aïeul paternel par représentation de leur père et excluent la fille, qui est leur tante [1].

Hafter [2] prétend trouver dans le testament d'Aristote, tel qu'il nous a été rapporté par Diogène Laërce [3], un autre cas où une fille n'est pas épiclère, bien que n'ayant ni père, ni frère consanguin, ni aïeul paternel. Aristote, ainsi que nous le verrons [4], avait adopté de son vivant Nicanor, et celui-ci devait, en conséquence, épouser Pythias, la fille du grand philosophe. Or, voici ce que porte le testament d'Aristote [5] : « S'il arrivait malheur à Nicanor (que le ciel l'en préserve) avant d'avoir reçu ma fille en mariage, ou après le mariage mais avant qu'il y ait des enfants, en ce cas, les dispositions qui auraient été prises par lui devraient être observées ». Mais, suivant Hafter, Nicanor étant incapable, en sa qualité de fils adoptif, de laisser un testament, ne peut tester qu'en qualité de kyrios de Pythias. Il y a ici, d'après cet auteur, conflit entre deux institutions tendant au même but, l'épiclérat et l'adoption, et dès lors, il y a lieu d'appliquer à ce cas la loi de Démosthène : en effet, ni le père, ni l'ἀδελφὸς ὁμοπάτωρ, ni le πάππος ὁ πρὸς πατρὸς ne vivent, et cependant la fille n'est point épiclère. Nous ne pensons pas néanmoins qu'il faille considérer le cas de Nicanor comme une nouvelle exception aux principes généraux. Aristote, en effet, ayant adopté Nicanor de son vivant, Pythias ne pouvait, à la mort de son père, avoir la qualité d'épiclère, puisqu'elle avait un frère adoptif et que la présence de celui-ci, ainsi que nous l'avons vu, fait obstacle à l'épiclérat aussi bien

(1) Hafter, p. 17.
(2) *Loc. cit.*
(3) V, 11.
(4) *Infra*, chap. II, De l'adoption.
(5) V. le texte du testament, *infra*, *ibid.*

que celle d'un frère légitime consanguin. Nicanor pourra donc tester non point en qualité de kyrios de Pythias, mais comme propriétaire des biens laissés par Aristote. Il est vrai qu'un fils adoptif est, en principe, incapable de tester ; mais, comme nous le démontrerons [1], l'adoptant peut le relever de cette incapacité, et c'est ce qu'a fait Aristote dans son testament.

L'épiclérat, d'après l'idée originaire de l'institution, a pour but de donner, par l'intermédiaire de la fille, un fils au grand-père décédé sans enfants mâles et d'assurer ainsi la transmission des *sacra*. Il est, en conséquence, toujours question dans les lexicographes, à propos de l'épiclère, du décès de son père. Cependant les inconvénients que l'on avait voulu prévenir par l'institution de l'épiclérat pouvaient également se présenter dans l'hypothèse où un père de famille laissait à la fois un fils et une fille, mais où ce fils venait à décéder, soit en état de minorité, soit même majeur sans laisser de testament. La famille et le culte domestique étaient en ce cas menacés de s'éteindre : faut-il alors admettre que la fille survivante, qui succède à son frère [2], doit être considérée comme épiclère ayant pour mission d'assurer la continuation de la famille et du culte ? Au premier abord, la solution affirmative paraît toute naturelle car elle est conforme à l'esprit de la législation sur les épiclères. Elle trouve, d'autre part, un appui très sérieux dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Aristarque. Le grand-père de l'orateur, Aristarque, était décédé en laissant un fils mineur, Démocharès, et une fille. Démocharès étant mort lui-même avant d'avoir atteint sa majorité, les biens d'Aristarque passèrent à sa sœur, mère de l'orateur. Or, voici en quels termes Isée parle de cette transmission. Il dit au § 4 : Δημοχάρης δὲ παῖς ὢν ἀπέθανε καὶ ἡ ἑτέρα ἀδελφή, ὥστε τὸν κλῆρον

(1) *Infra, ibid.*
(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 2.

ἐπὶ τῇ ἐμῇ μητρὶ γενέσθαι. Or, que l'héritage soit recueilli par celle-ci à titre d'épiclère, c'est ce qu'affirme formellement l'orateur au § 4 : τούτου δὲ παιδὸς ἀποθανόντος καὶ τῆς ἑτέρας ἀδελφῆς, ἡ μήτηρ ἡ ἐμὴ ἐπὶ παντὶ τῷ οἴκῳ ἐπίκληρος ἐγένετο. Il s'exprime de même au § 21 : ἀλλὰ νυνὶ δίκαιον εἰπεῖν ἐστιν, ὦ ἄνδρες, τίνος δόντος ἔχει τὸν κλῆρον, κατὰ ποίους νόμους εἰς τοὺς φράτερας εἰσῆκται, καὶ οὐκ ἐπίκληρος ἦν ἐπὶ τούτοις τοῖς χρήμασιν ἡ ἐμὴ μήτηρ. De même enfin, au § 5, l'orateur dit que, conformément à la loi des épiclères, sa mère aurait dû épouser le plus proche parent paternel [1]. C'est donc bien en qualité d'épiclère que la sœur de Démocharès a recueilli l'héritage fraternel [2].

Nous hésitons cependant à admettre cette extension de l'épiclérat au cas où une sœur succède à son frère mort sans postérité. Il est un cas, tout d'abord, où elle nous paraît manifestement inadmissible : c'est celui où le frère est mort après avoir atteint sa majorité. Il a pu alors ou se marier ou tout au moins se donner par testament un fils adoptif. C'est à lui qu'incombait le devoir, et c'est à lui seul qu'appartenait le droit d'assurer la continuation du culte domestique. S'il décède sans avoir pris aucune disposition à cet égard, la famille est éteinte et on ne voit pas de raison pour la faire revivre par le moyen de la sœur survivante.

Il y a plus de doute lorsque le frère meurt impubère, car alors il n'a pu ni se marier, ni tester. Il peut paraître conforme à l'esprit de la loi de dire que sa sœur lui succède en ce cas comme épiclère, et le plaidoyer d'Isée semble formel en ce sens. Cependant ce témoignage n'est pas absolument décisif, et il y a un motif sérieux d'en suspecter la sincérité : c'est que l'orateur avait des raisons diverses pour faire considérer la conduite des parents de sa mère

(1) § 5 : καὶ οὕτω μὲν ἐξ ἀρχῆς ἅπαντα ταυτὶ τῆς ἐμῆς μητρὸς ἐγένετο. προσῆκον δ' αὐτῇ μετὰ τῶν χρημάτων τῷ ἐγγύτατα γένους συνοικεῖν, πάσχει δεινότατα κτλ.

(2) Cf. en ce sens, Hafter, p. 21-23 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 662.

envers celle-ci, plutôt comme une violation de la loi des épiclères que comme une simple méconnaissance d'un droit de succession. Le droit des épiclères est, en effet, sauvegardé plus énergiquement, soit par la protection spéciale dont celles-ci sont l'objet de la part de l'archonte, soit grâce à l'εἰσαγγελία κακώσεως ἐπίκληρου. Cette manière de présenter les choses permettait également à l'orateur de justifier, dans une certaine mesure, le silence gardé pendant longtemps par son père vis-à-vis des injustices dont sa mère avait été la victime [1]. Ce qui nous porte d'autant plus à douter de cette extension de l'épiclérat, c'est que les lexicographes, dans les définitions qu'ils nous donnent de l'épiclère, supposent toujours qu'elle se trouve par rapport au *de cujus* dans la situation de fille, et ils ne font pas la moindre allusion au cas qui nous occupe [2].

Il n'y a pas lieu non plus, croyons-nous, d'appliquer les règles de l'épiclérat dans le cas suivant : le père meurt en laissant une fille, l'aïeul paternel vivant encore. Lorsque l'aïeul vient à son tour à décéder, sa petite fille lui succède, mais ce n'est pas à titre d'épiclère. En effet, à la mort du père, la petite-fille a passé sous la tutelle du grand-père qui, en sa qualité de kyrios, a pu la donner en mariage. Il est difficile d'admettre que la petite-fille puisse être investie après coup de la qualité d'épiclère qu'elle ne possédait certainement pas au moment du décès de son père [3].

Lorsqu'une fille unique est déjà mariée quand s'ouvre la succession paternelle, elle n'en devient pas moins épiclère et, comme telle, elle peut être revendiquée par le plus proche agnat. Il semble cependant qu'il y ait pour elle un

(1) Suivant l'orateur, § 19, son père, en épousant sa mère, avait dû se contenter d'une dot et il ajoute : ὅτε γὰρ περὶ αὐτοῦ (l'héritage entier) λόγους ἐποιήσατο τῆς μητρὸς κελευούσης, οὗτοι (les parents de sa femme) ταῦτα αὐτῷ ἠπείλησαν, αὐτοὶ ἐπιδικασάμενοι αὐτὴν ἕξειν, εἰ μὴ βούλοιτο αὐτὸς ἐπὶ προικὶ ἔχειν.

(2) Cf. en ce sens : Grasshof, p. 79, note 260; Hruza, I, p. 117.

(3) Cf. Hruza, I, p. 118.

moyen de se soustraire aux obligations que comporte l'épiclérat, c'est-à-dire en renonçant à la succession à laquelle elle est appelée. C'est du moins ce que l'on peut induire d'un texte d'Isée [1] où l'on voit le mari d'une épiclère abandonner l'héritage de son beau-père pour garder sa femme qu'on menace de lui prendre, s'il ne se contente pas de la dot qu'il a reçue [2] « Il est probable, comme le dit Robiou, que, dans tout autre cas, le même remède n'eût pas opéré moins efficacement et que, si la loi, assurément très immorale dont nous parlons, produisait son effet, c'est que la moralité du mari lui-même, la façon dont il concevait le mariage, n'atteignait pas un niveau plus élevé » [3].

La fille héritière n'est point, du reste, investie indéfiniment de la qualité d'épiclère. L'épiclérat n'est que temporaire, car cette institution a seulement pour but, comme nous l'avons dit, la naissance d'un fils qui sera considéré comme le continuateur direct de la personne de son aïeul maternel. L'épiclérat cesse, en conséquence, dès que ce fils se trouve juridiquement capable de succéder à la personnalité de son grand-père, c'est-à-dire dès qu'il atteint sa majorité et a été introduit, par une sorte d'adoption posthume, dans la famille de son aïeul. Il recueille alors à la fois et les *sacra* et le patrimoine, mais doit fournir à sa mère des aliments.

III. — Condition de l'épiclère jusqu'à l'épidicasie inclusivement. (α) Tutelle. — Anchistie.

Lorsqu'au décès de son père l'épiclère est majeure, il n'y a aucune difficulté : le plus proche parent paternel, peut la revendiquer pour lui-même et l'épouser immédiatement

(1) *De Arist. her.*, § 19, *supra*, p. 422, note 1.
(2) Cf. Hafter, p. 26.
(3) Robiou, p. 56.

à moins qu'il ne préfère céder ses droits à un parent d'un degré subséquent.

Si l'épiclère est mineure, doit-elle, conformément aux principes généraux sur la tutelle, être pourvue d'un tuteur jusqu'à ce qu'elle ait atteint l'âge de la puberté et que le plus proche agnat puisse alors faire valoir ses droits sur elle et devenir son kyrios à la suite de l'épidicasie? On l'a prétendu, en ajoutant que, pendant l'intervalle qui s'écoule entre le décès du père de l'épiclère et l'épidicasie, les fonctions de kyrios sont exercées par l'archonte éponyme. [1] Ce magistrat, dit-on, est investi d'office de la tutelle des épiclères. Il est, comme le dit Lysias, ἐπικλήρων καὶ ὀρφανῶν κύριος. [2] Les orateurs attribuent de même, à différentes reprises, à l'archonte le soin de veiller sur les intérêts des orphelins et des épiclères: ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω τῶν ὀρφανῶν καὶ τῶν ἐπικλήρων [3]. Si, dans cette opinion, la tutelle de l'Etat doit s'exercer sur la fille héritière, c'est que le plus proche agnat n'est point *ipso jure* κύριος τῆς ἐπικλήρου, mais seulement quand, au moyen de l'épidicasie, il a fait consacrer ses droits sur elle par l'archonte et par les tribunaux.

Nous estimons, au contraire, que l'anchisteus, le plus proche parent paternel, devient immédiatement le kyrios de l'épiclère dès la mort du *de cujus*, et qu'il n'y a point à attendre pour cela jusqu'après l'épidicasie. L'opinion adverse dérive de cette idée qu'une fille héritière ne peut avoir la qualité d'épiclère qu'à sa majorité, et qu'à cette époque

(1) Hafter, p. 32 et s.

(2) Lysias, *De Evandri probat.*, § 12.

(3) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 75. Cf., Démosthène, *C. Pantaen.*, § 45; *Adv. Lacr.*, § 48 ; *Adv. Theocr.*, § 32 ; Isée, *De Apoll. her.*, § 30 ; Pollux, VIII, 89; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 56. Vis à vis des métèques, les fonctions de l'archonte éponyme sont dévolues au polémarque. Démosthène, *Adv. Steph.*, II, § 22; Aristote, *loc. cit.*, c. 58.—Nous possédons un décret d'une tribu athénienne (*Corp. inscr. att.* II, 564, l. 20) prenant une épiclère sous sa protection en récompense des services rendus par son père. Ce décret est une nouvelle preuve de la sollicitude de l'Etat a l'égard des épiclères.

seulement l'épidicasie est possible. Or, nous avons admis [1] qu'au contraire la fille est épiclère aussitôt après le décès de son père, et cela avec toutes les conséquences que comporte l'épiclérat. Si, à ce moment, l'anchisteus ne se la fait point adjuger en mariage, comme il en a le droit, il est néanmoins investi immédiatement de la qualité de kyrios. Cette interprétation résulte d'abord, à notre avis, de la loi sur la délation de la tutèlle des femmes citée par Démosthène [2] et qui, à défaut du père, du frère consanguin et de l'aïeul paternel, envisageant le cas où il s'agit d'une épiclère, porte : ἐὰν δὲ μηδεὶς ᾖ τούτων, ἐὰν μὲν ἐπίκληρος τις ᾖ, τὸν κύριον ἔχειν [3]. Elle résulte aussi du droit qui, dans certaines circonstances, appartient à l'anchisteus de donner l'épiclère en mariage à un étranger, et même de l'obligation qui lui incombe à cet égard lorsqu'il s'agit d'une épiclère θῆσσα [4]. Ce droit d'ἐκδοῦναι, qui ne peut venir à l'anchisteus que de sa qualité de kyrios, et qui exclut précisément une épidicasie préalable au profit de cet anchisteus, ne prend donc point naissance par l'épidicasie, et partant il existe dès l'ouverture de la succession, c'est-à-dire dès le moment où, à notre avis, la fille a la qualité d'épiclère. Il faut bien d'ailleurs que celle-ci soit pourvue immédiatement d'un kyrios, car il peut y avoir des mesures urgentes de disposition à prendre relativement à son patrimoine. Déférer à l'archonte la qualité de kyrios de l'épiclère, c'est attribuer à l'expression κύριος, employée dans le plaidoyer de Lysias, une portée trop considérable, car le mot κύριος a, dans les auteurs grecs, les significations les plus diverses et ne désigne pas seulement celui qui est investi de la tutelle de la femme [5]. L'archonte

(1) *Supra*, p. 414.
(2) *In Stephan.*, II, § 18.
(3) V. *Infra*, liv. I, tit. III, ch. III, sect. II, Tutelle des femmes.
(4) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 54 : ἐὰν μὴ βούληται ἔχειν ὁ ἐγγύτατα γένους, ἐκδιδότω κτλ.
(5) Cf. Hruza, I, p. 53, note 13.

a seulement, à l'égard des épiclères, un droit de surveillance analogue à celui qu'il exerce vis-à-vis des orphelins en général, et qui se manifeste soit lors de l'épidicasie, soit à l'occasion de certaines actions pénales intentées dans l'intérêt de l'épiclère, et sur lesquelles nous aurons à revenir [1] [2].

En supposant qu'à l'ouverture de la succession paternelle l'épiclère, déjà mariée, ait un fils majeur, on a voulu, en cas de décès [3] du mari de l'épiclère, attribuer à ce fils la qualité de kyrios de sa mère [4]. Mais cette opinion nous paraît également inadmissible. Nous verrons, en effet, en exposant les règles de la tutelle des femmes, que la mort du mari n'a nullement pour effet d'ouvrir au profit des enfants issus du mariage la tutelle sur la veuve. Dans notre hypothèse, comme la veuve ne possède plus le kyrios qui l'a donnée en mariage, c'est-à-dire son père, il a dû lui être nommé un autre kyrios par l'archonte, et ce tuteur n'est point dépossédé de ses pouvoirs par ce fait que les enfants de l'épiclère atteignent leur majorité. Nous verrons d'autre part, en traitant de la condition des fils de l'épiclère, que leur majorité survenant après le décès de l'aïeul maternel, pendant le cours du mariage, n'a nullement pour effet de leur attribuer la tutelle de leur mère, au préjudice du mari, leur père, qui, normalement en était investi jusque là.

Nous avons maintenant à rechercher quel est le parent qui peut revendiquer les droits conférés par la loi à l'anchisteus sur l'épiclère, et qui, par conséquent, d'une part, ainsi que nous l'avons admis, devient immédiatement le kyrios de

(1) Hruza, I, p. 109, note 33.

(2) D'après la loi de Gortyne (VII, 29 et s.), si la fille patròoque est encore impubère au moment où s'ouvre l'hérédité paternelle, le droit de l'appelé est suspendu jusqu'à la puberté de la fille, et en attendant celle-ci a la jouissance de la maison paternelle et de la moitié des fruits, et l'ayant-droit l'autre moitié. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 471; Bücheler et Zitelmann, p. 152.

(3) La solution devrait être la même en cas de divorce.

(4) Hafter, p. 34, 35.

l'épiclère après le décès du père de celle-ci, et, d'autre part, peut se la faire adjuger en mariage par voie d'épidicasie. La règle est que la qualité d'anchisteus appartient au plus proche parent qui, à défaut de l'épiclère, aurait recueilli la succession à laquelle celle-ci est appelée [1].

Avant de déterminer quel est ainsi l'anchisteus, nous devons indiquer certains parents qui, malgré la proximité du degré, ne peuvent recourir à l'épidicasie. Il est évident, tout d'abord, qu'il faut éliminer les parents du sexe féminin. Pour qu'en effet l'épidicasie, c'est-à-dire le mariage avec l'épiclère soit possible, il faut qu'il y ait différence de sexes. Les femmes ne peuvent donc revendiquer l'épiclère [2].

Il faut, en second lieu, écarter l'hypothèse où le plus proche parent de l'épiclère est un ascendant. La raison en est non point que le mariage est prohibé à l'infini dans la ligne directe descendante ou ascendante [3], mais qu'en pareil cas la fille n'est point épiclère et qu'il n'y a pas lieu par conséquent d'appliquer les règles de l'épiclérat. Cela est certain lorsque la fille héritière a encore son grand-père paternel : celui-ci est alors constitué par la loi kyrios de sa petite-fille [4]. Si la loi ne s'explique pas sur le cas où l'orpheline n'a plus que son arrière grand-père paternel, c'est que ce cas devait être extrêmement rare. Mais il nous semble que l'existence du bisaïeul paternel doit, comme celle de l'aïeul, faire obstacle à l'épiclérat. Le bisaïeul est donc, pour une double raison, dans l'impossibilité de recourir à l'épidicasie, mais il est le kyrios de son arrière petite-fille.

(1) Pour déterminer l'anchistie, au point de vue qui nous occupe, il faut prendre en considération, non point comme paraissent le faire certains auteurs (Cf. Caillemer, *Succession*, p. 37), le degré de parenté avec l'épiclère, mais le degré de parenté avec le défunt. Cf. Hafter, p. 36. C'est là, du reste, une observation plutôt théorique que pratique.

(2) Caillemer, *Succession*, p. 37; Van den Es, p. 19; Bunsen, p. 45; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 662.

(3) Caillemer, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *Adv. Steph.*, II, § 18, v. *supra*, p. 416.

Parmi les collatéraux mâles, il faut également écarter les frères de l'épiclère, utérins ou consanguins. Pour les frères utérins il y en a un double motif. Le premier, c'est que ne pouvant point, d'après le droit attique, épouser leur sœur utérine, ils ne peuvent recourir à l'épidicasie qui a pour objet le mariage avec l'épiclère [1]. Mais outre ce motif, qui ne les empêcherait pas d'être investis de la qualité de kyrios de leur sœur, il y en a un autre, plus décisif et plus absolu : c'est que, comme nous l'avons observé, la proximité du degré doit se calculer non point par rapport à la fille héritière, mais par rapport au défunt. Or, si les frères utérins peuvent être les parents les plus rapprochés de l'épiclère, ils ne sont rien au père de celle-ci, leur parenté n'existant que par la mère.

Il faut encore laisser de côté le frère consanguin de l'épiclère. Si, en effet, ce frère est resté dans sa famille naturelle, sa présence fait obstacle à l'épiclérat et il exclut sa sœur de la succession paternelle. Il n'y a donc pas d'épidicasie possible puisque l'objet principal de cette procédure, qui est la succession dont la fille n'est en quelque sorte que l'accessoire, fait défaut. Mais le mariage entre frères et sœurs ὁμοπάτορες n'étant point prohibé par la loi, le frère consanguin peut, en sa qualité de kyrios de sa sœur, se la donner à soi-même en mariage. En supposant maintenant que le frère consanguin soit sorti de sa famille naturelle par une adoption, les liens de parenté civile sont alors rompus entre lui et les membres de sa famille naturelle et, par suite, n'étant plus le parent de sa sœur, il n'a plus qualité pour se la faire adjuger par voie d'épidicasie [2].

Abstraction faite donc des parents que nous venons d'indiquer, le parent le plus proche appelé, à défaut de l'épiclère, à recueillir la succession du défunt, est le neveu de

(1) Caillemer, *loc. cit.*, p. 37.
(2) Caillemer, *ibid.*

l'épiclère, petit-fils du défunt. Il faut supposer, du reste, que ce neveu est le fils d'une sœur de l'épiclère, car les neveux, fils d'un frère de celle-ci, ayant les mêmes droits que leur père, excluent de la succession de l'aïeul leur tante, sœur de leur père, et dès lors il ne saurait être question d'épiclérat puisqu'il n'y a pas de κλῆρος ouvert en faveur de la fille du de cujus. Lorsqu'au contraire le défunt laisse une fille et des petits-enfants issus d'une autre fille prédécédée, ceux-ci viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur mère et concourent avec l'épiclère. Peuvent-ils, en pareils cas, recourir à l'épidicasie pour se faire adjuger leur tante en mariage? Caillemer dit, à ce sujet, que « peut-être, à cause de la disproportion d'âge existant habituellement entre le neveu et la tante, l'hypothèse d'un neveu voulant épouser sa tante, était-elle très rare. Le neveu, d'ailleurs, petit-fils du défunt, pouvait, mieux encore qu'un autre descendant à naître de son mariage, continuer la personne de son aïeul et perpétuer le culte domestique. Voilà, sans doute, pourquoi ni le législateur, ni les interprètes ne font jamais mention de ce parent lorsqu'ils s'occupent de l'ἐπιδικασία »[1]. On a dit, dans le même sens, que le neveu ne peut revendiquer sa tante, puisqu'ils sont tous deux héritiers au même degré [2].

Les raisons tirées de la disproportion d'âge et de la possibilité pour le neveu, petit-fils du défunt, de continuer la personne de celui-ci, ne sont point suffisantes, à notre avis, pour écarter ce neveu de l'anchistie au point de vue qui nous occupe. Il nous semble, au contraire, que si on reconnaît la qualité d'anchisteus à celui qui ne pourrait recueillir la succession ouverte qu'à défaut de l'épiclère, à plus forte raison doit-on la reconnaître à celui qui vient en concours avec elle à cette succession. Il y a, de plus, des textes qui

(1) Caillemer, *Succession*, p. 38.
(2) Lécrivain, *loc. cit.*, p. 662, note 10.

consacrent formellement les droits du neveu sur sa tante. Ainsi, dans le plaidoyer d'Andocide sur les mystères [1], il est dit que les deux filles d'un certain Epilycos revenaient de droit aux deux fils de sa sœur. De même, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus [2], l'orateur déclare que si son oncle maternel avait eu une fille, c'est lui ou son frère qui aurait dû l'épouser. Nous observerons enfin en ce sens que Platon, dans son *Traité des lois*, comprend dans la série des anchisteis appelés par lui à revendiquer l'épiclère les neveux, fils de sœur, ἀδελφῆς παῖς. [3]

Après les neveux, qui se trouvent en concours avec l'épiclère, et qui, à notre avis, peuvent recourir à l'épidicasie, viennent les parents paternels qui ne seraient appelés à la succession qu'à défaut de l'épiclère. Nous rencontrons alors, en première ligne, le frère du défunt, c'est-à-dire l'oncle de l'épiclère. On a toutefois prétendu que si l'oncle peut épouser sa nièce épiclère, il n'a alors aucun droit sur les biens de celle-ci, et que la succession échue à l'épiclère passe en pareil cas aux autres parents habiles à succéder. Ainsi un cousin aurait eu la fortune, tandis que l'oncle aurait eu l'épiclère. Cette opinion a pour fondement un texte d'Isée qui paraît distinguer entre ceux qui peuvent épouser l'épiclère μετὰ τοῦ κλήρου et ceux qui doivent l'épouser ἄνευ τοῦ κλήρου. Au § 5 du plaidoyer d'Isée pour l'héritage d'Aristarque, l'orateur dit en parlant d'Aristoménès, frère d'Aristarque, et père d'un fils, et qui, en sa qualité d'oncle avait le droit de revendiquer la fille épiclère d'Aristarque : ἀμελήσας ἢ αὐτὸς αὐτὴν ἔχειν ἢ τῷ υἱεῖ μετὰ τῶν χρημάτων ἐπιδικάσασθαι. Il semble en résulter qu'Aristoménès n'aurait eu droit qu'à la fille elle-même, tandis que son fils, simple cousin de l'épiclère, l'aurait recueillie, à défaut de son père, μετὰ τῶν χρημάτων [4].

(1) I, 117.
(2) § 72.
(3) Platon, *Leges*, XI, p. 924 e. — Cf. en ce sens : Hafter, p. 35 ; Guiraud, p. 215.
(4) Gans, *Erbrecht*, I, p. 478.

Mais cette théorie, qui n'a guère été proposée que subsidiairement à une autre controverse, et pour justifier le refus de toute vocation héréditaire à l'oncle paternel, ne nous paraît nullement fondée. Rien ne prouve que, dans la première partie du texte précité, quand il s'agit de l'oncle lui-même, l'omission des mots μετὰ τῶν χρημάτων soit intentionnelle, et qu'elle implique entre l'oncle et son fils une différence de situation que rien ne justifierait. La preuve en est qu'un peu auparavant l'orateur reconnaît que l'oncle aurait pu, en sa qualité de plus proche parent, épouser l'épiclère μετὰ τῶν χρημάτων. [1] Le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus prouve de même manifestement que le grand oncle peut, en épousant l'épiclère, devenir maître de sa fortune [2]. Jamais, du reste, il n'est fait mention de l'adjudication de l'épiclère à l'anchisteus sans que l'on ne mentionne en même temps la succession à laquelle est jointe la fille épiclère. Platon lui-même le dit expressément lorsqu'il s'occupe de l'épiclérat dans son *Traité des lois* [3], et il attribue en conséquence à l'oncle paternel le droit de réclamer à la fois la fille et l'héritage. C'est également, croyons-nous, la solution du droit positif [4].

En seconde ligne, vient le fils du frère du défunt, ἀδελφιδοῦς, cousin germain, ἀνεψιός de l'épiclère, et en troisième ligne, le fils de la sœur du défunt, également cousin germain

(1) Isée, *ibid* : προσῆκον αὐτῇ μετὰ τῶν χρημάτων τῷ ἐγγυτάτῳ γένους συνοικεῖν.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 65. L'orateur dit que si les oncles de Pyrrhus avaient su que Philé était la fille légitime de ce dernier, ils n'auraient pas laissé à Xénoclès une riche héritière sur laquelle ils avaient des droits : εἰ ἦν γνησία θυγάτηρ ἐκείνῳ λαβόντα ἔχειν τὴν κατὰ γένος προσήκουσαν αὐτοῖς γυναῖκα, καὶ τοσαύτης οὐσίας τοῦτον καταστῆναι κληρονόμον ἀνθ' ἑαυτῶν.

(3) *Leges*, XI, c. 7, p. 924 : ἐὰν ὁ μὴ διαθέμενος θυγατέρος λίπῃ, τοῦ ἀποθανόντος ἀδελφὸς ὁμοπάτωρ ἢ ἄκληρος ὁμομήτριος ἐχέτω τὴν θυγατέρα καὶ τὸν κλῆρον τοῦ τελευτήσαντος.

(4) Cf. en ce sens : Schœmann, sur Isée, p. 437-438 ; Caillemer, *Succession*, p. 39 et 106, note 4 ; Hafter, p. 36 ; Lécrivain, *loc. cit.*

de l'épiclère. C'est ce qui résulte du plaidoyer d'Isée, sur l'héritage de Pyrrhus [1]. Un autre passage du même orateur, dans son plaidoyer pour l'héritage de Ciron, paraît cependant exclure le droit de l'ἀδελφιδοῦς de revendiquer l'épiclère. Le demandeur dit, en effet, au § 31 : εἰ γάρ ἔζη μὲν ἡ ἐμὴ μήτηρ, θυγάτηρ δὲ Κίρωνος, μηδὲν δὲ ἐκεῖνος διαθέμενος ἐτελεύτησεν, ἦν δὲ ἀδελφὸς οὗτος αὐτῷ, μὴ ἀδελφιδοῦς, συνοικῆσαι μὲν ἂν τῇ γυναικὶ κύριος ἦν κ.τ.λ. Il semble ainsi que celui qui réclame l'hérédité litigieuse n'aurait eu de droit sur l'épiclère que s'il avait été ἀδελφός et non ἀδελφιδοῦς, comme il l'était dans l'espèce. Il est facile cependant de lever cette contradiction apparente entre les deux plaidoyers d'Isée. Nous ne savons, en effet, si le de cujus n'avait point d'autres frères qui venaient avant l'ἀδελφιδοῦς pour revendiquer l'épiclère. Il n'y a donc vraisemblablement dans le plaidoyer pour l'héritage de Ciron qu'une solution d'espèce, d'où l'on ne peut tirer une objection sérieuse pour combattre la solution résultant de l'autre plaidoyer d'Isée, d'autant plus que cette solution est conforme aux principes généraux sur la dévolution des successions [2].

Après les cousins germains de l'épiclère, viennent, en quatrième ligne, les oncles du défunt, grands-oncles de l'orpheline. C'est ce que dit un des plaidoyers d'Isée où, dans l'espèce, il s'agit des oncles maternels du de cujus [3]. Mais la même solution est applicable, *a fortiori*, aux oncles paternels [4].

Les textes ne signalent aucun cas d'épidicasie au-delà du

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 72 : ἀλλ' οὔτε ἐγένετο οὔτ' ἔστι, μὴ γενομένων δὴ παίδων γνησίων ἐκείνῳ, ἐγγυτέρω ἡμῶν οὐδὲ εἷς· ἀδελφὸς μὲν γὰρ οὐκ ἦν αὐτῷ οὐδ' ἀδελφοῦ παῖδες, ἐκ δὲ τῆς ἀδελφῆς ἡμεῖς ἦμεν αὐτῷ. Cf. Isée, *De Arist. her.*, § 5; Andocide, *De Myster.*, § 117.

(2) Van den Es, p. 19-20; Caillemer, *Succession*, p. 39; Hafter, p. 36.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 74.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 584, note 273; Hafter, p. 37; Caillemer, *Succession*, p. 39.

degré que nous venons de signaler. On doit admettre néanmoins que le droit de revendiquer l'épiclère n'était point limité à Athènes, comme il paraît l'avoir été ailleurs [1], aux collatéraux du quatrième degré, et que la revendication pouvait être exercée par des parents plus éloignés, en suivant toujours l'ordre des successeurs aux biens. C'est du reste ce que l'on peut induire d'un plaidoyer d'Isée [2] où l'orateur, après avoir parlé de la possibilité de la revendication par les oncles du défunt, ajoute : εἰ δὲ μή, τῶν ἄλλων τινὰ συγγενῶν..... ἕξειν ταύτην γυναῖκα [3] [4]. Il doit donc être presque impossible, en fait, que l'épiclère ne soit pas revendiquée par un parent quelconque [5]. En supposant, par extraordinaire, l'absence de tout parent paternel, l'orpheline est pour-

(1) D'après la loi de Gortyne (VIII, 15 s.) la fille patrôoque doit épouser, en première ligne, l'oncle paternel, frère du père et, s'il y en a plusieurs, le plus plus âgé; a défaut d'oncles, le cousin paternel, fils du frère du père et, s'il y en a plusieurs, le fils du frère aîné. Le texte n'ajoute rien de plus. Doit-on admettre qu'il y avait d'autres ayants-droit à la main de l'orpheline et que ces ayants-droit étaient les mêmes qu'à Athènes? On l'a prétendu (Guiraud, p. 216). Mais nous croyons plutôt que l'énumération faite par la loi de Gortyne est limitative. Cette solution est conforme à l'esprit général de la loi crétoise sur les épiclères, qui les traite beaucoup plus libéralement qu'à Athènes. On peut également argumenter en ce sens d'un autre passage de la loi de Gortyne (VIII, 9 et s.) où l'on suppose qu'il n'y a pas d'ayants-droit à la patrôoque « comme il est écrit dans la présente loi ». Cette absence de prétendants ne se comprendrait guère si le droit de réclamer la main de la fille patrôoque appartenait, comme à Athènes, à tous les collatéraux *in infinitum*.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, 74.

(3) Hafter. p. 36; Caillemer, *loc. cit.*; Lécrivain, *loc. cit.*; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 471, note 3.

(4) A Thurium, la loi attribue l'épiclère, d'une manière générale, « à son plus proche parent. » Diodore de Sicile, XII, 18.

(5) La loi de Gortyne qui, comme nous l'avons admis, limite le nombre des ayants-droit a la main de la patrôoque, décide (VIII, 9 et s.) que, s'il n'y a pas d'ayant-droit, la patrôoque peut épouser qui elle veut dans sa tribu. Si les prétendants ne se présentent pas spontanément, la loi organise une curieuse procédure d'avertissement, conduite par les parents de la jeune fille. Si cette procédure reste sans résultat, la jeune fille peut épouser qui elle veut, ou plutôt qui elle peut, comme le dit la loi, en dehors de la tribu. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 472; Bücheler et Zitelmann, p. 156.

vue d'un kyrios par les soins de l'archonte, et ce kyrios peut la donner en mariage [1].

Il peut se rencontrer plusieurs parents au même degré, qui alors invoquent des droits égaux. Nous ne possédons aucun texte indiquant la règle à suivre en pareil cas. Aussi les opinions les plus diverses ont-elles été proposées. Suivant les uns [2], les juges attribuaient alors la jeune fille à celui des prétendants dont les prières avaient été les plus touchantes. Dans une autre opinion [3], le sort déciderait. Dans une troisième, la décision appartiendrait à l'archonte éponyme [4]. Enfin, dans un dernier système [5], la préférence appartiendrait au plus âgé. S'il nous fallait choisir entre ces différentes opinions, nous opterions plutôt pour la dernière, non point parce que le droit d'aînesse aurait été reconnu par la législation athénienne, ce qui est difficile à admettre [6], mais par analogie de ce que décidait en pareille hypothèse la loi de Gortyne [7].

L'ordre déterminé par la loi entre les parents paternels pour la revendication de l'épiclère n'était point, en fait, toujours suivi rigoureusement, et on voit dans une comédie d'Aristophane [8] que les héliastes, ne tenant pas compte des dispositions légales, se décidaient par des considérations

(1) Platon, dans son *Traité des lois* (XI, 924 e) pose les règles suivantes pour l'anchistie dans le cas où un citoyen meurt sans testament et en ne laissant que des filles. Il appelle : 1° ἀδελφὸς ὁμοπάτωρ du défunt, ἢ ἄκληρος ὁμομήτριος ; 2° ἀδελφοῦ παῖς, lorsque son âge répond à celui de l'épiclère ; 3° ἀδελφῆς παῖς, sous la même condition ; 4° πατρὸς ἀδελφός, c'est-à-dire τοῦ ἀποθανόντος ; 5° τούτου παῖς ; 6° ἀδελφῆς πατρὸς ἔκγονος. Quand les limites de l'anchistie sont atteintes, c'est-à-dire au-delà ἀδελφου υἱδῶν ou πάππου παίδων, l'épiclère peut choisir elle-même son mari, avec l'assistance de ses ἐπίτροποι, et cet époux est en même temps héritier. Cf. Lewy, p. 63 ; Hafter, p. 38-39.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 40 ; Lécrivain, *loc. cit.*

(3) Platner, *Process*, II, p. 255.

(4) Cf. Hafter, p. 45.

(5) Ciccotti, p. 24 ; Bunsen, p. 45.

(6) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 30.

(7) VII, 15 et s.

(8) *Vespæ*, v. 383 et s.

diverses, en faveur d'un parent plus éloigné. Parmi ces considérations pouvait se trouver celle tirée de l'âge du prétendant, et il y a lieu de supposer que l'ordre légal n'était guère suivi que dans le cas où le prétendant était plus âgé ou au moins aussi âgé que l'épiclère [1]. L'adjudication de celle-ci en faveur d'un enfant pouvait, en effet, répugner aux juges. Mais ce n'est pas à dire pour cela que l'état de minorité du plus proche parent fût un obstacle légal à l'épidicasie en sa faveur, pas plus que, comme nous l'avons admis, la minorité de l'orpheline n'empêchait l'application des règles de l'épiclérat [2]. Seulement, dans un cas comme dans l'autre, la consommation du mariage ne pouvait avoir lieu que si les deux parties étaient majeures [3].

Abstraction faite du cas où il s'agit d'une épiclère θῆσσα, c'est pour l'anchisteus un droit seulement et non point une obligation de revendiquer l'orpheline en mariage. Il peut, en conséquence, renoncer à l'épidicasie et cette renonciation ouvre le droit des parents qui viennent après lui [4]. Lorsqu'alors le parent du degré subséquent exerce son droit sur l'épiclère par suite de cette renonciation, il n'obtient point l'orpheline par voie d'engyésis de la main du parent renonçant considéré comme kyrios de l'épiclère; il doit la récla-

(1) Cf. Hafter, p. 38; Ciccotti, p. 24.

(2) V. *supra*, p. 413.

(3) Hruza, p. 109, note 33. On peut argumenter en ce sens du plaidoyer d'Isée sur la succession d'Aristarque (§ 5) où il est dit qu'Aristomène aurait pu ou bien revendiquer pour lui l'épiclère, ou la faire adjuger à son fils : ἀμελήσας ἢ αὐτὸς αὐτὴν ἔχειν ἢ τῷ υἱεῖ μετὰ τοῦ κλήρου ἐπιδικάσασθαι. — D'après la loi de Gortyne (VII, 29 et s.), si l'ayant-droit est encore impubère quand s'ouvre la succession à laquelle la patròoque est appelée, le mariage est suspendu et, en attendant, on partage les fruits. Si l'ayant-droit, tout en étant pubère, est encore mineur, c'est-à-dire, s'il n'a pas dix-huit ans révolus, il peut immédiatement user de son droit, mais sans y être forcé. S'il préfère attendre, il perd provisoirement toute part à la jouissance des biens et aux fruits. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 472; Bücheler et Zitelmann, 153.

(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 74; *De Aristarchi her.*, § 5. Cf. Caillemer, *loc. cit.*

mer conformément aux règles de l'épiclérat, et son mariage avec l'orpheline se forme par voie d'épidicasie. On fait ainsi abstraction du renonçant qui est considéré comme n'ayant jamais été anchisteus, probablement par ce motif que lorsqu'il s'agit d'une épiclère, c'est la loi elle-même qui est réputée disposer d'elle en mariage [1] [2].

Lorsque les parents du degré subséquent refusent également de revendiquer l'épiclère, celui qui était appelé en première ligne peut, en qualité de kyrios, donner l'épiclère en mariage à un étranger. Mais alors le but de l'épiclérat n'est pas rempli, c'est-à-dire que l'enfant de ce mariage n'est point θυγατριδοῦς, dans le sens spécial de ce mot. Il ne continue pas la personne de son aïeul maternel et si, un jour, il recueille les biens de celui-ci, c'est au décès de sa mère et comme héritier de cette dernière, tandis que s'il était θυγατριδοῦς, il les recueillerait à sa majorité et serait réputé les tenir directement de son grand-père [3].

La qualité d'épiclère peut appartenir simultanément à plusieurs filles laissées par le défunt, car elles ont toutes alors des droits égaux à la succession de leur père [4]. Le droit de les revendiquer par voie d'épidicasie appartient alors aux parents les plus proches, à ceux du premier degré d'abord, s'ils sont en nombre égal aux épiclères, et même à ceux d'un degré plus éloigné, si les parents du premier

(1) Hruza, I, p. 109, note 33.

(2) D'après la loi de Gortyne (VIII, 36 et s.), si l'ayant-droit refuse d'épouser la patrôoque, alors qu'elle est majeure et consentante, les parents de celle-ci appellent l'ayant-droit en justice et font ordonner par le juge que le mariage aura lieu dans les deux mois. S'il n'épouse pas dans ce délai, il est déchu de tous ses droits au profit de l'ayant-droit du degré subséquent. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 153; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 472.

(3) Cf. Hruza, I, p. 92, note 7.

(4) V. *supra*, p. 411. Mais il en serait autrement si le père de famille avait favorisé l'une de ses filles spécialement en la mariant à son fils adoptif ou à son héritier testamentaire.

degré sont moins nombreux que les héritières [1]. Toutefois dans l'usage, ainsi que nous l'apprend Andocide [2], les parents se mettaient habituellement d'accord pour l'exercice de ce droit, et ils pouvaient intervertir par une convention l'ordre légal de dévolution des épiclères [3]. Le droit résultant d'un semblable contrat est, au surplus, essentiellement personnel et ne peut pas être cédé à un tiers. En cas de cession, l'un des parents de l'épiclère peut, en usant d'une sorte de droit de retrait successoral, demander que l'épiclère cédée lui soit adjugée au lieu d'être donnée à un étranger [4].

S'il y a plus d'épiclères que de parents appelés à les revendiquer, ou consentant à les épouser, celles qui demeurent en surplus peuvent être mariées à des étrangers par leur kyrios, qui est le plus proche agnat. Mais, dans ce cas, comme dans celui que nous avons précédemment examiné, les enfants qui naissent de ce mariage d'une épiclère avec un étranger n'ont point la qualité de θυγατριδοῦς [5]. En aucun cas d'ailleurs un même parent ne peut se faire adjuger plus d'une épiclère, du moins si l'on admet, conformément à l'opinion générale, que la polygamie n'était point permise à Athènes. [6] Mais il semble que, à la différence de ce qui avait

(1) Caillemer, *loc. cit.*, p. 46; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 643.

(2) *De Myster*, §§ 117 et s.

(3) L'épidicasie est alors formée suivant les termes de la convention. Andocide, *loc. cit.*, § 120 : ἐπιδικασάμεθα ἄμφω κατὰ τὴν πρὸς ἡμᾶς ὁμολογίαν.

(4) C'est ce que nous apprend le plaidoyer précité d'Andocide. Epilykos était mort laissant deux filles dont les plus proches parents étaient Andocide et Léagros. Ceux-ci se mirent d'accord sur le choix des épiclères. La jeune fille qu'Andocide avait choisie étant morte, Léagros, mal disposé à l'égard de l'autre, était disposé à céder ses droits sur elle à un étranger nommé Callias, quand Andocide intervint en lui disant : εἰ μὲν σὺ βούλει ἐπιδικάζεσθαι, ἔχε τύχῃ ἀγαθῇ, εἰ δὲ μή, ἐγὼ ἐπιδικάσομαι.

(5) Hruza, I, p. 109, note 33.

(6) La loi de Gortyne renferme une disposition formelle à ce sujet et décide (VII, 28) « que l'ayant-droit prendra une patrôoque, mais une seulement. » Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 471) entendent ce texte en ce sens que, non-seulement l'ayant-droit ne peut prendre qu'une seule patrôoque à la fois, mais

lieu à Gortyne [1] le droit de l'anchisteus ne soit pas épuisé par un premier choix et que si, pour une raison quelconque, par exemple par suite du décès de l'épiclère à lui adjugée, l'anchisteus se trouve libre, il ait le droit de réclamer une autre épiclère, s'il y en a encore de disponible [2].

Toute fille épiclère est soumise à l'épidicasie, conformément à la loi rappelée par Démosthène, ὅς κελεύει ἐπιδικασίαν εἶναι τῶν ἐπικλήρων ἁπασῶν [3]. Elle peut donc être revendiquée par l'anchisteus non seulement lorsqu'elle est encore libre à l'époque du décès de son père, mais encore lorsqu'elle est déjà engagée dans les liens du mariage. Il faut alors que l'épiclère se sépare de son mari pour épouser l'anchisteus : c'est là un de ces cas singuliers où, dans le droit attique, le divorce peut provenir de la volonté d'un tiers. [4] Toutefois comme l'anchisteus ne revendiquait habituellement la personne de l'épiclère que pour avoir ses biens, il arrivait souvent qu'il consentait à la laisser à son mari, moyennant un sacrifice pécuniaire consenti par celui-ci, c'est-à-dire moyennant la renonciation de la femme à l'héritage de son père [5]. La loi athénienne est, sur ce point, beaucoup plus rigoureuse que la loi de Gortyne, qui ne permet jamais à l'ayant-droit de faire rompre le mariage déjà contracté par l'héritière au moment où elle devient patrôoque [6].

encore que son droit est épuisé par un seul mariage ou par l'indemnité légale et qu'il ne pourrait pas, veuf d'une des filles ou écarté par elle, prétendre à la suivante. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 152.

(1) VII, 27-29. V. *supra*, p. 437, note 6.

(2) Cf. Andocide, *De Myster.*, § 120.

(3) *C. Stephan.*, II, § 22.

(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64.

(5) Isée, *De Aristar. her.*, § 19. — Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 43. V. *supra*, p. 423.

(6) D'après la loi de Gortyne (VIII, 20 et s.), la fille déjà mariée qui devient ultérieurement patrôoque, n'est point obligée de divorcer, elle peut seulement le faire, si elle le veut, pour contracter un second mariage probablement plus avantageux, grâce à l'accroissement de sa fortune. Lorsqu'il n'existe pas d'enfants du premier mariage, la femme, une fois divorcée, n'a point une entière liberté

L'épiclère n'a d'ailleurs, sauf peut-être le cas où elle renonce à l'héritage pour rester avec son mari, aucun moyen de se soustraire à la revendication de l'anchisteus. La loi de Gortyne, au contraire, plus humaine, lui permet en quelque sorte de se racheter, moyennant l'abandon de la moitié de sa fortune à l'ayant-droit. [1]

B. — *Epidicasie.*

C'est au moyen d'une procédure nommée ἐπιδικασία [2] que l'anchisteus obtient à la fois la main de l'héritière et l'héritage dont elle n'est pour ainsi dire qu'une annexe. Cette procédure est la même que celle qui est employée par les héritiers qui ne sont ni des descendants, ni des fils adoptifs dont l'adoption a eu lieu entre-vifs, en un mot, par les héritiers non saisis pour se faire mettre en possession de la succession à laquelle ils sont appelés. Les descendants légitimes, au contraire, ou les enfants adoptés entre-vifs, héritiers investis de la saisine légale, peuvent se mettre directement

dans son choix, et les droits de l'anchisteus, momentanément paralysés par le mariage antérieur, revivent par l'effet du divorce : la patròoque est tenue de l'épouser ou de l'indemniser. Si, au contraire, il existe des enfants du premier mariage, le choix de la femme est absolument libre, du moins dans le cercle de sa tribu; mais elle doit alors « partager les biens conformément à la loi », c'est-à-dire, vraisemblablement avec l'ayant-droit. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 473, 474; Bücheler et Zitelmann, p. 154. D'après la même loi (VIII, 30-36), lorsqu'une femme patròoque devient veuve, il faut distinguer. S'il y a des enfants, les droits du plus proche parent sont définitivement anéantis, et la veuve peut se remarier dans sa tribu sans être obligée de partager avec l'ayant-droit. S'il n'y a pas d'enfants, le premier mariage ne compte pas et la veuve doit épouser l'ayant-droit ou l'indemniser. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 475; Bücheler et Zitelmann, p. 155.

(1) VII, 53 et s. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 472; Bücheler et Zitelmann, p. 153.

(2) Cf. sur les définitions de l'ἐπιδικασία : Platner, *Process*, II, p. 254; Heffter, *Athen. Gerichtsv.*, p. 584; Hafter, p. 44. Nous préférons, pour le moment, nous abstenir de toute définition avant d'avoir précisé quel est l'objet de cette procédure.

et de leur propre autorité en possession des biens paternels (ἐμβάτευσις par opposition à l'ἐπιδικασία).

Il y a lieu, d'une manière générale, de recourir à l'épidicasie : 1° dans le cas où une fille, mariée du vivant de son père avec un citoyen qui n'est pas son plus proche agnat, devient ensuite épiclère par la mort de son père, ou même, dans une opinion que nous avons critiquée [1], par la mort de son frère décédé sans postérité ; 2° dans le cas où le défunt a légué à la fois ses biens et la main de sa fille à un citoyen qu'il adopte ainsi par testament [2], car l'enfant adopté par testament n'a pas la saisine légale [3] ; 3° enfin quand, en l'absence de testament ou en supposant la cassation de cet acte, le plus proche parent paternel réclame l'épiclère en vertu de la loi.

C'est en raison de l'emploi de cette procédure d'épidicasie que l'épiclère est nommée ἐπίδικος. On a voulu, il est vrai, limiter l'emploi de cette qualification au cas où, à la suite de la λῆξις présentée par l'anchisteus à l'archonte, il survient des oppositions fondées sur le défaut de qualité du demandeur, en disant que l'épiclère devient alors en quelque sorte une « chose litigieuse [4]. » Cette interprétation, à notre avis, restreint trop le sens du mot ἐπίδικος qui, selon nous, s'applique à l'épiclère qu'il y ait ou non opposition à la revendication exercée par celui qui a présenté sa λῆξις [5]. Ἐπίδικος signifie ainsi non point une chose litigieuse, mais plutôt une chose au sujet de laquelle un litige peut s'élever, ou mieux encore et plus simplement, une chose qui n'est régulièrement acquise qu'à la suite de la procédure nommée épidicasie. Aussi les expressions dérivées de ce mot, comme ἐπιδικασία. ἐπιδικάζειν et ἐπιδικάζεσθαι, ne sup-

(1) Caillemer, *Succession*, p. 155 et s.
(2) *Supra*, p. 420.
(3) Cf. Van den Es, p. 16 ; Hafter, p. 40.
(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 617 ; Caillemer, *Succession*, p. 41.
(5) Hafter, p. 41 ; Hruza, I, p. 102.

posent-elles point nécessairement une contestation relativement à la chose [1]. C'est d'ailleurs ce qui résulte manifestement de certains passages d'Isée où les filles héritières sont qualifiées d'ἐπίδικος, sans qu'il soit fait la moindre allusion à un litige dont elles seraient l'objet, et par cela seul qu'elles sont sujettes à la revendication de l'anchisteus [2].

A l'expression ἐπίδικος, les textes opposent quelquefois les autres expressions μὴ ἐπίδικος ou ἀνεπίδικος. La première, μὴ ἐπίδικος signifie précisément l'inverse d'ἐπίδικος, et s'applique aux choses (succession ou fille) qui ne peuvent pas être l'objet d'une épidicasie, soit parce qu'il existe des fils légitimes, soit parce que le défunt a adopté un fils de son vivant. L'emploi de cette expression suppose que l'on a précédemment essayé d'obtenir par une épidicasie la succession ou la fille qui est qualifiée de μὴ ἐπίδικος.

Quant au mot ἀνεπίδικος, il désigne les choses qui ne sont pas acquises par épidicasie, mais par ἐμβατεύσις, c'est-à-dire la succession lorsqu'elle est dévolue à des enfants légitimes ou à des fils adoptés entre-vifs [3]. Le mot ἀνεπίδικος ne peut donc point s'appliquer à une fille [4], puisqu'elle n'a point la qualité d'épiclère s'il existe des enfants légitimes ou adoptés entre-vifs. On a bien prétendu que l'expression ἀνεπίδικος peut désigner l'épiclère qui n'est l'objet d'aucune contestation,

(1) C'est ce que reconnaît du reste Caillemer lorsqu'il dit (*loc. cit.*, p. 157) qu'une succession est qualifiée ἐπίδικος par cela seul que les héritiers appelés à la recueillir n'en ont pas la saisine légale. Or ce mot doit évidemment avoir le même sens, qu'il s'agisse d'une ἐπίκληρος ou d'un κλῆρος, puisque la procédure est la même.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64 : τὰς οὕτω δοθείσας, ἂν ὁ πατὴρ αὐτῶν τελευτήσῃ μὴ καταλιπὼν αὐταῖς γνησίους ἀδελφούς, τοῖς ἐγγύτατα γένους ἐπιδίκους ὁ νόμος εἶναι κελεύει. § 65 : εἶτα τὰς μὲν ὑπὸ τῶν πατέρων ἐκδοθείσας διὰ τὸν νόμον ἐξ ἀνάγκης ἐπιδίκους εἶναι προσήκει. De même, au § 73, l'orateur dit, en parlant de Philé, que si elle avait été légitime, Pyrrhus aurait dû l'introduire dans sa phratrie et ἐπὶ ἅπαντι τῷ κλήρῳ ἐπίδικον καταλιπεῖν αὐτήν.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 63 et s. — Cf. Hafter, p. 42.

(4) Hafter, p. 43. Cela résulte du passage suivant d'Isée, *De Pyrrhi her.*, § 59 : ... ἀδελφῶν μὲν κλήρων ἐπιδικασία πᾶσίν ἐστιν ἡμῖν. ὅτῳ δὲ γόνῳ γεγόνασι,

quand la requête de l'anchisteus ne soulève point d'opposition [1]. Mais c'est là une interprétation inexacte, d'abord par suite de l'observation que nous venons de faire, et ensuite parce que le mot ἀνεπίδικος est, à propos des épiclères mêmes, employé dans un sens opposé [2].

On rencontre encore, à propos de la procédure que nous allons étudier, les expressions ἐπιδικάζειν et ἐπιδικάσασθαι, la première appliquée à l'archonte ou au tribunal qui consacre le droit du demandeur à la succession ou à la fille héritière, la seconde appliquée à celui qui, sur le fondement de l'anchistie ou d'un testament, fait valoir ses droits à la succession ou à l'épiclère [3]. On dit alors du κλῆρος et de l'ἐπίκληρος qu'ils sont ἐπιδικασθείς ou ἐπιδικασθεῖσα [4].

L'épidicasie, lorsque les parties sont athéniennes, est de la compétence de l'archonte éponyme, chargé spécialement par la loi de la protection des épiclères. S'il s'agit de métèques et d'étrangers, le magistrat compétent est le polémarque [5]. Si, parmi ceux qui réclament la main de l'épiclère, les uns sont citoyens et les autres métèques, le magistrat compétent est-il l'archonte ou le polémarque ? Il faut, pour résoudre la question, rechercher quelle est la qualité

γνήσιοι παῖδες, οὐδενί ἐπιδικάζεσθαι τῶν πατρῴων προσήκει... ἅπαντες γὰρ ὑμεῖς καὶ οἱ ἄλλοι πολῖται ἀνεπίδικα ἔχουσι τὰ ἑαυτῶν ἕκαστοι πατρῷα. Cf. Lex. Seguer. (Bekker) 183, 26 : ἀνεπίδικα, ὅσα τις κατέχει τοῦ τετελευτηκότος, ὡς πατρῷα καὶ παππῷα τὰ γὰρ δικαζόμενα παρὰ τῶν συγγενῶν ἐπίδικα καλοῦσιν. V. également Suidas, v° ἀνεπίδικα et ἐπίδικα.

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 616-617. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 41, note 1.

(2) Démosthène, *Adv. Steph.*, II, § 22 : ἀνεπίδικον μὴ ἐξεῖναι ἔχειν μήτε κλῆρον μήτε ἐπίκληρον.

(3) Hafter, p. 44; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 606. Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 59 et 74 ; *De Philoct. her.*, § 61 ; *De Aristarchi her.*, 12 ; *De Hagn. her.*, § 26.

(4) L'épiclère ἐπιδικασθεῖσα est opposée à la γυνὴ ἐγγυηθεῖσα. Isée, *De Philoct. her.*, § 14.

(5) Démosthène, *C. Stephen.*, II, § 22 ; Pollux, VIII, §§ 89, 91 ; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 56, 58. — Cf. Hafter, p. 44; Caillemer, *loc. cit.*, p. 40 ; Hruza, I, p. 99.

du père de l'épiclère, c'est-à-dire voir s'il est citoyen ou métèque. La fille ayant nécessairement le même état civil que le père, il faut se décider pour la compétence de l'archonte ou du polémarque suivant que le père est citoyen ou métèque. C'est là, du reste, un point sur lequel nous reviendrons en étudiant une question analogue qui se pose en matière de succession, car la revendication de l'épiclère n'est qu'une pétition d'hérédité spéciale [1].

Les formes de cette procédure sont, avons-nous dit, empruntées à celles que le législateur a établies pour la revendication d'une hérédité par des héritiers non saisis. En conséquence, l'initiative en appartient à celui qui, en sa qualité d'anchisteus, réclame la main de l'épiclère. S'il y a plusieurs épiclères, elles sont chacune l'objet d'une procédure séparée de la part de chacun des parents à qui la proximité du degré ou la convention les ont attribuées. Si, à l'inverse, il y a plusieurs agnats au même degré, l'initiative de l'épidicasie appartient à celui qui a été désigné par l'un des divers moyens que nous avons indiqués [2] [3].

L'anchisteus qui veut revendiquer l'épiclère doit en faire la déclaration au magistrat compétent, λῆξιν λαγχάνειν τῆς ἐπικλήρου [4]. Cette déclaration, λῆξις, n'est point simplement orale et elle est accompagnée d'un écrit où sont exposés les motifs de la demande. C'est ce qui résulte de deux textes

(1) Cf. Perrot, *Droit public*, p. 262.

(2) V. *supra*, p. 434.

(3) Suivant Platner (*Process*, p. 257), l'initiative de l'anchisteus serait provoquée par une proclamation publique du héraut. Mais les textes sur lesquels se fonde cet auteur démontrent précisément que cette proclamation, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, n'a lieu qu'après qu'un ou plusieurs agnats ont déjà élevé leurs réclamations. Cf. Hafter, p. 45.

(4) V. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 60, 67 ; *De Philoct. her.*, § 3; Démosthène, *C. Steph.*, II, § 23.

d'Isée [1]. La suite de la procédure d'épidicasie paraît également exiger le dépôt préalable d'un écrit [2].

Le magistrat porte la λῆξις à la connaissance du public en la faisant inscrire par son greffier sur le tableau blanchi (σανίς, λεύκωμα, album) placé dans la salle de ses audiences et où chacun peut en prendre connaissance. La déclaration est lue ensuite à la prochaine κυρία ἐκκλησία, ou assemblée principale de la prytanie [3]. Enfin, pour mieux encore avertir les intéressés et les mettre en mesure de faire valoir leurs droits sur l'épiclère, un héraut [4] invite tous ceux qui veulent contester la demande à y faire opposition [5] : εἴ τις ἀμφισβητεῖν ἢ παρακαταβάλλειν βούλεται τῆς ἐπικλήρου τοῦ δεῖνος [6]. Quand, sur cette invitation, personne ne se présente [7], le magistrat adjuge l'épiclère, ἐπεδίκασει τὴν ἐπικλήρον, à celui qui a présenté la λῆξις. Il n'y a pas lieu, en effet, de supposer qu'en l'absence de toute opposition on doive obtenir un jugement du tribunal, comme dans le cas où il y a contestation sur

(1) *De Pyrrhi her.*, § 30 : ὁ μὲν ἀνὴρ λαγχάνων ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τῆς αὑτοῦ τοῦ κλήρου τοῦ πατρῴου Φίλην ὄνομα εἶναι ἐγράψατο τῇ γυναικί κτλ. *De Nicost. her.*, § 2 : Ἄγνων μὲν γὰρ οὑτοσί καὶ Ἀγνόθεος Θρασομάχου ἐπεγράψαντο τὸν Νικόστρατον κτλ.

(2) Hruza, I, p. 99, note 19. — *Contra* Hafter, p. 45, qui se fonde sur un passage du discours de Démosthène contre Macartatos, § 15 (ἔλαχε πρὸς τὸν ἄρχοντα, κύριον ἐπιγραψάμενος τὸν ἀδελφὸν τὸν ἑαυτοῦ), pour dire que c'était seulement dans la πρόσκλησις d'une διαδικασία qu'un écrit devait être présenté à l'archonte. Mais c'est là une interprétation inexacte du passage précité.

(3) Pollux, VIII, 95 ; Aristote, *Const. des Athén.*, § 43.

(4) Les auteurs sont loin d'être d'accord sur le moment précis où a lieu cette proclamation du héraut. Nous nous reservons de résoudre cette difficulté en exposant les règles de l'épidicasie d'une succession. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 158.

(5) Démosthène, *C. Macart.*, § 5.

(6) Le but de toutes ces publications est, d'après Aristote (*loc. cit.*, c. 43), ὅπως μηδένα λάθῃ μηδὲν ἔρημον γενόμενον.

(7) Tel est le cas prévu dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus, 43 : ἀλλὰ μὴν ὥς γε ἐπεδικάσατο ὁ ἡμέτερος ἀδελφὸς τοῦ κλήρου καὶ οὐκ ἠμφεσβήτησεν οὐδεὶς ἐκείνῳ, ἀναγίνωσκε τὴν μαρτυρίαν. Mais, étant donné le caractère intéressé et processif des Athéniens, ce cas devait être assez rare. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 610.

l'épiclère. La décision doit être abandonnée à l'archonte seul en sa qualité de protecteur des épiclères [1].

Si, au contraire, ce qui est le cas le plus fréquent, des oppositions sont formées par d'autres parents sur le motif que le réclamant n'est pas le plus proche agnat et qu'un autre doit lui être préféré, il s'engage entre les divers prétendants un procès nommé διαδικασία [2], et les opposants peuvent agir soit par voie d'ἀμφισβήτησις, soit par voie de παρακαταβολή [3]. Ce qui caractérise la διαδικασία et la distingue des procès ordinaires, c'est qu'il n'y a, à proprement parler, ni demandeur, ni défendeur [4]. En conséquence, il n'y a pas de πρόσκλησις, ou ajournement donné par le demandeur à son adversaire, mais l'archonte lui-même cite tous les prétendants à comparaître à un jour fixé pour l'ἀνάκρισις, c'est-à-dire pour l'instruction de l'affaire [5]. Il est probable d'ailleurs, bien qu'il n'y ait aucun texte à cet égard, qu'on ne procède à l'ἀνάκρισις qu'après l'expiration d'un certain délai déterminé par la loi ou fixé arbitrairement par le magistrat, et calculé de manière à laisser aux intéressés un temps suffisant, après la proclamation du héraut, pour se faire connaître [6]. Une autre conséquence du caractère de la diadicasie, c'est qu'il n'y a point ici d'ἀντιγραφή, ou conclusions déposées par le

(1) Hafter, p. 48.

(2) Hafter, p. 48, veut restreindre la διαδικασία au cas où l'opposition est formée quand l'épiclère a déjà été adjugée par une décision judiciaire à un prétendant antérieur. Mais cette interprétation ne nous parait pas fondée. Elle est manifestement contraire, selon nous, à certains passages du discours de Démosthène contre Léocharès, §§ 7, 13, 34, 40. Cf. Hruza, I, p. 103, note 26 Meier, Schœmann et Lipsius, p. 616.

(3) La question de savoir quelles différences existent entre ces deux procédures est très délicate. Nous l'examinerons à propos de l'épidicasie des successions, car elle est la même, qu'il s'agisse d'une épiclère ou d'un héritage. V. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Amphisbétésis* et *Succession*, p. 159.

(4) Hafter, p. 50; Caillemer, *Succession*, p. 160; G. A. Leist, p. 31.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 788; Hafter, p. 49; Caillemer, *loc. cit.*, p. 160, note 1.

(6) Hruza, I, p. 100.

défendeur en réponse à celles du demandeur [1], ou plutôt que l'on donne indifféremment le nom d'ἀντιγραφή aux conclusions des deux plaideurs [2].

Le procès, quand il a été instruit, est soumis par l'archonte à la décision des tribunaux ordinaires et, par suite, les Héliastes jugent quel doit être le mari de l'épiclère. Toutefois, comme nous l'apprend Aristophane [3], les juges ne s'inquiètent pas toujours de savoir quel est celui des prétendants dont les conclusions sont les plus conformes au droit, et souvent ils adjugent la jeune fille au plus éloquent des plaideurs [4].

On a prétendu que les juges appelés à statuer sur la diadicasie pouvaient quelquefois se décider d'après un examen comparatif des qualités physiques des prétendants. Cette opinion se fonde sur un texte d'Aristophane où, parmi les privilèges des juges, on énumère celui de παίδων δοκιμαζομένων αἰδοῖα θεᾶσθαι [5]. L'un des prétendants, a-t-on dit, peut, quoique n'étant point parent de l'épiclère à un aussi proche degré que son adversaire, faire écarter la revendication de ce dernier en l'accusant d'impuissance, et les juges, ont en conséquence à procéder à l'inspection corporelle des deux candidats [6]. Mais cette opinion est, à notre avis, manifestement inadmissible. D'abord, en effet, il serait singulier qu'Aristophane, en parlant des candidats à la main d'une

(1) Hafter, p. 50.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 160 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 831.

(3) *Vespæ*, v. 526.

(4) La comédie de Térence, intitulée le *Phormion*, nous apprend (v. 125 et s.) que plus d'une fois la revendication de l'épiclère était faite par un anchisteus plus ou moins imaginaire. Cf. Démosthène (*Adv. Steph.*, I, § 19) où l'orateur, après avoir cité la loi concernant le droit de donner la femme en mariage, dit : « Pensez-vous que des hommes capables de produire de faux témoins et un testament apocryphe, n'auraient pas su aussi bien produire un frère, un aïeul, un père, s'ils avaient pu trouver, à prix d'argent, quelqu'un qui consentît à jouer ce personnage ? »

(5) *Vespæ*, v. 578.

(6) Hermann, *Jur. domest. compar.*, p. 17 et *Staatsalterth.*, 5e édit., § 120, 8.

épiclère, se fût servi de l'expression παῖδες. D'autre part, dans les nombreux procès qui nous sont parvenus relativement aux épiclères, il n'est jamais fait allusion à une semblable prétention de la part d'un des parents qui se disputent l'épiclère. Le texte d'Aristophane, à supposer qu'on doive lui attribuer une importance quelconque, a plutôt trait, comme nous le verrons en étudiant les règles concernant la majorité, aux jeunes éphèbes qui viennent d'être déclarés majeurs et dont les juges vérifient l'aptitude au service militaire [1].

Le prétendant qui s'est fait adjuger l'épiclère à la suite d'une simple épidicasie ou même d'une diadicasie, n'est point encore assuré de garder la femme qu'il a été autorisé à épouser. Malgré la chose jugée, toute personne qui croit avoir sur l'épiclère des droits préférables, peut disputer celle-ci à celui qui l'a obtenue : il y a lieu, en pareil cas, à une διαμαρτυρία [2]. Toutefois, pour prévenir autant que possible les contestations mal fondées, la loi exige de celui qui veut revendiquer une épiclère déjà adjugée la consignation préalalable d'une certaine somme nommée παρακαταβολή [3]. Cette somme est égale au dixième de la valeur de la chose litigieuse, c'est-à-dire de la fortune de l'épiclère. S'il succombe, le contestant la perd au profit de son adversaire et, dans le cas contraire, elle lui est restituée. Andocide [4] parle d'une autre consignation, nommée παράστασις, que doivent déposer ceux qui contestent une adjudication déjà prononcée. Mais cette παράστασις n'était vraisemblablement que

(1) Cf. Schulthess, p. 35-36; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dokimasie*, p. 328.

(2) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 16; Isée, *De Pyrrhi her.*, § 44.

(3) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 16 : ἐὰν δ' ἐπιδεδικασμένου ἀμφισβητῇ τοῦ κλήρου ἢ τῆς ἐπικλήρου, προσκαλείσθω τὸν ἐπιδεδικασμένον πρὸς τὸν ἄρχοντα, καθάπερ ἐπὶ τῶν ἄλλων δικῶν· παρακαταβολὰς δ' εἶναι τῷ ἀμφισβητοῦντι.

(4) Harpocration, v° παρακαταβολή ; Pollux, VIII, 39, 32. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 814 à 821.

(5) *De Myster.*, § 120.

d'une drachme [1], et le dépôt d'une somme aussi insignifiante ne pouvait être considéré comme une entrave sérieuse aux procès [2].

La diamartyrie, bien qu'elle paraisse attribuée à l'archonte par Démosthène [3], est jugée par le tribunal ordinaire, comme la diadicasie. Cela résulte d'abord de la nécessité pour le contestant de consigner la παρακαταβολή. D'autre part, il est difficile d'admettre qu'une décision aussi importante ait été confiée à un simple magistrat [4].

La revendication d'une épiclère peut avoir lieu à toutes les époques de l'année, sauf pendant le mois de skirophorion, qui correspondait à peu près à notre mois de juin et qui était le dernier des mois de l'année attique [5].

La question de savoir pendant combien de temps est possible la revendication d'une épiclère déjà adjugée est assez délicate. Lorsqu'il s'agit d'une action en pétition d'hérédité, la prescription, aux termes d'un texte formel d'Isée [6], s'en accomplit par l'expiration d'un délai de cinq ans après la mort de l'héritier qui le premier a été saisi de l'hérédité. Il ne saurait être question, malgré l'assimilation que nous avons faite jusqu'à présent entre les deux actions, d'appliquer à l'ἀμφισβήτησις τῆς ἐπικλήρου la règle de prescription posée pour l'ἀμφισβήτησις τοῦ κλήρου, car ce serait arriver à dire qu'il n'y a jamais de fin de non-recevoir possible contre l'action en revendication d'une épiclère. D'une part, en effet, la mort de celui à qui l'épiclère avait été une première fois adjugée entraînait la dissolution du mariage et rendait à la femme sa liberté. D'autre part, le prédécès de l'épiclère

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 813.

(2) Caillemer, *Succession*, p. 42.

(3) *Adv. Macart.*, § 16, *supra*, p. 447, note 3.

(4) Hafter, p. 53.

(5) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 22. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 157; Hafter, p. 54. V. *infra*, liv. II, tit. VI, chap. I.

(6) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 58 : Ὁ νόμος πέντε ἐτῶν κελεύει δικάσασθαι τοῦ κλήρου, ἐπειδὰν τελευτήσῃ ὁ κληρονόμος.

rendait l'action en revendication sans objet. L'ἀμφισβήτησις τῆς ἐπικλήρου ne pouvait donc offrir d'avantages pour celui qui voulait l'intenter que pendant la vie du premier adjudicataire, et en supposant d'ailleurs que l'épiclère fût vivante. Donc, par la force même des choses, l'ἀμφισβήτησις τῆς ἐπικλήρου ne saurait être gouvernée par la règle établie pour la prescription de l'action en pétition d'hérédité [1].

La revendication de l'épiclère est donc soumise à une règle distincte de prescription. Faut-il alors appliquer ici le délai ordinaire de prescription, c'est-à-dire cinq ans à partir du jour de l'adjudication de l'épiclère ? Ce délai peut paraître bien long en une pareille matière. Aussi a-t-on proposé d'admettre que la revendication d'une épiclère déjà adjugée n'est plus possible dès qu'un enfant mâle est né du mariage de l'épiclère avec l'adjudicataire. Le but de toute la procédure que nous avons exposée est, a-t-on dit, de donner au père de l'épiclère un successeur de son sang. Donc cette procédure n'a plus d'objet après la naissance d'un fils de l'épiclère. Cette naissance, du reste, comme nous le verrons, fait évanouir l'épiclérat et, dès lors, il ne peut plus être question de la revendication d'une épiclère. D'autre part, aucune action n'est évidemment possible contre le fils de l'épiclère, car le θυγατριδοῦς est considéré comme l'héritier direct de son aïeul maternel [3].

Tout en reconnaissant qu'il serait désirable d'admettre ici une prescription plus courte que la prescription ordinaire de cinq ans, nous hésitons à admettre la solution que nous venons d'exposer. Elle est, en effet, purement conjecturale

(1) Caillemer, *Prescription*, p. 17. Cet auteur observe avec raison que la loi citée par Démosthène dans le discours contre Macartatos (§ 16), après avoir assimilé, au point de vue du droit d'action, la pétition d'hérédité et la revendication de l'épiclère, ne parle plus, lorsqu'elle traite de la prescription, que d'une attaque dirigée contre l'ἐπιδικασάμενος τοῦ κλήρου.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 617.

(3) Caillemer, *Succession*, p. 42; Hafter, p. 55; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 663.

et ne trouve aucun appui dans les textes. Dire que la naissance d'un enfant fait disparaître l'épiclérat et la qualité d'épiclère, c'est résoudre la question par la question et faire prévaloir un simple fait contre le droit. Si les législations modernes ont senti la nécessité d'abréger les délais de la prescription dans certaines matières, comme lorsqu'il s'agit des actions en nullité du mariage [1], le droit grec ne paraît pas l'avoir également comprise et, par suite, il nous paraît plus sûr, dans le silence des textes, d'appliquer ici le droit commun [2].

Nous avons à rechercher quel est le sort du mariage de l'épiclère qui, conformément aux règles que nous avons posées, vient à être annulé à la suite d'une diamartyrie intentée par un parent ayant un droit préférable à celui de l'adjudicataire. La question est même plus générale, et elle se pose également dans le cas où une fille a été adjugée comme épiclère, alors qu'en réalité elle ne l'était point, par exemple, lorsqu'elle avait un frère consanguin qui, en vertu de son titre de kyrios, avait seul légalement le droit de disposer de sa sœur. Ce frère peut recourir pareillement à une diamartyrie pour faire tomber l'adjudication prononcée au profit d'un parent plus éloigné. Le mariage ainsi contracté par la fille à la suite d'une épidicasie ou d'une diadicasie doit-il être considéré comme nul et les enfants qui ont pu en naître doivent-ils être réputés νόθοι? La question devait se poser assez fréquemment dans le droit attique, si l'on songe au caractère processif des Athéniens. Elle présente en outre de l'intérêt, même dans l'opinion que nous avons critiquée et qui déclare prescrite toute revendication d'une épiclère adjugée dès qu'il est né un enfant mâle de son mariage : cet intérêt existe, en effet, d'une part, jusqu'à la naissance de cet enfant et, d'autre part, quand la fille

(1) Cf. Code civil, art. 181, 183.
(2) Cf. Hruza, I, p. 111, note 37.

adjugée au plus proche parent n'a point en réalité la qualité d'épiclère [1]. Si, dans les hypothèses que nous venons d'indiquer, le mariage devait être considéré comme nul et illégal, il en résulterait des conséquences très graves. Non seulement l'ἐπιδικαζόμενος de mauvaise foi devrait être traité d'après les règles du droit attique sur les adultères, μοιχοί, mais la femme elle-même serait réputée μοιχή et ses enfants seraient des bâtards. Or, si l'on peut admettre que la législation rigoureuse de l'adultère soit applicable à l'adjudicataire de mauvaise foi, il est bien difficile de considérer comme μοιχή l'épiclère qui n'a joué qu'un rôle tout à fait passif dans la procédure d'épidicasie et de lui appliquer les pénalités de l'adultère, notamment de la frapper d'atimie [2]. On ne comprendrait point, du reste, comment le parent qui a fait prononcer la nullité de l'adjudication pourrait, sans perdre de sa dignité, réclamer pour épouse une femme qui vient d'être, sur son action, convaincue d'adultère. Cela serait inconciliable avec la règle du droit attique qui oblige l'époux à répudier son épouse adultère, sous peine d'être lui-même frappé d'atimie [3]. Il faut donc, selon nous, considérer le mariage comme dissous plutôt que comme annulé, et dire qu'il a produit tous ses effets jusqu'au jour où il est rompu sur la réclamation du véritable ayant-droit. La situation doit être la même que dans le cas où l'épiclère, étant déjà mariée au moment du décès de son père, est obligée de se séparer de son mari pour épouser l'anchisteus [4] : il y a lieu, en pareil cas, à un véritable divorce par la volonté d'un tiers et cette rupture du mariage n'opère que pour l'avenir. En d'autres termes, et pour employer l'expression du droit moderne, il existe ici un cas de mariage puta-

(1) Hruza, II, p. 100.
(2) V. sur les pénalités de l'adultère, *supra*, p. 234 et s.
(3) Démosthène, *C. Neæram*, § 87.
(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64; *De Aristar. her.*, § 17.

tif produisant les effets du mariage légal tant au profit de la femme que des enfants issus de l'union dissoute. Cette solution est commandée non seulement par la bonne foi de la mère et l'intérêt des enfants, mais encore par la forme même dans laquelle le mariage a été contracté, à la suite d'une épidicasie ou d'une diadicasie, c'est-à-dire avec l'approbation de l'archonte ou l'homologation du tribunal [1].

Il serait, par contre, beaucoup plus difficile de considérer comme putatif le mariage qui viendrait à être annulé par l'inobservation des formes prescrites pour l'épidicasie (dépôt de la λῆξις, inscription sur le tableau de l'archonte, lecture dans l'assemblée et proclamation du héraut). Si ces formes n'ont pas été suivies, le mariage est nul et, comme tel, n'a pu produire aucun effet [2].

IV. — Condition de l'épiclère pendant le mariage.

Avant de déterminer la situation de l'épiclère pendant son mariage, nous avons à préciser le moment où se forme le mariage en cas d'épidicasie. Cette question, bien que fort délicate, est généralement passée sous silence par les auteurs, et l'on se borne à dire que l'adjudication faite par l'archonte ou par les héliastes remplace, dans le mariage de l'épiclère, l'ἐγγύησις ordinaire. C'est ainsi que s'explique, dit-on, l'alternative posée par Isée : ἢ ἐγγυηθεῖσαν κατὰ νόμον ἢ ἐπιδικασθεῖσαν [3] [4]. Dans ce système, qu'il s'agisse d'une fille épiclère ou d'une succession, l'ayant-droit ne l'acquiert que

(1) Hruza, II, p. 100-101; Lallier, *Le procès du Phormion, in Annuaire*, 1878, p. 55, note 1.

(2) Hafter, p. 58; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 663 ; Hruza, II, p. 101-102. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 37 et s.

(3) Isée, *De Philoct. her.*, § 14.

(4) On rencontre dans certains textes l'expression ἐπιδικάζεσθαι τῆς ἐπικλήρου (Démosthène, *Adv. Macart.*, §§ 20, 55, 56, 74) et δικάζεσθαι (Démosthène, *Adv. Steph.*, I, § 75).

par la décision de l'archonte ou des héliastes, et cette délation par le magistrat ou par le tribunal de l'épiclère ou de l'hérédité correspond à la *datio* du magistrat qui, dans le droit romain, fait acquérir la succession à l'héritier prétorien en cas de *bonorum possessio* [1].

Nous estimons, au contraire, que la décision de l'archonte ou la sentence du tribunal ont un effet non point translatif, mais exclusivement déclaratif et que le mariage se forme par la seule présentation par l'anchisteus de la λῆξις, qui est le premier acte de toute la procédure d'épidicasie. En d'autres termes, le mariage se forme par la manifestation formelle de la volonté du plus proche parent d'user du droit que la loi lui offre, à savoir, de faire de l'épiclère son épouse, sa γυνὴ κατὰ τοὺς νόμους. Nous ne pouvons, pour le moment, procéder à la démonstration complète de cette proposition, car elle se lie à une autre théorie relative à l'acquisition des successions par les héritiers non saisis. D'après cette théorie, que Hruza [2] a très fortement motivée, l'acquisition de la succession par l'héritier externe résulte non point de la décision de l'archonte ou du tribunal sur l'épidicasie ou la diadicasie, mais de la seule présentation de la λῆξις ou, si l'on veut, de la demande d'envoi en possession ; il n'y a nullement à parler, comme en droit romain, d'une *adjudicatio* de l'hérédité par le magistrat. Si cette théorie, est, comme nous espérons le démontrer ultérieurement, applicable à l'acquisition des successions, il y a lieu de l'appliquer également à l'acquisition de l'épiclère ou, ce qui revient au même, à la formation de son mariage, puisque cette formation concorde avec l'acquisition de l'épiclère. La procédure

(1) On a même prétendu que l'archonte accomplit l'épidicasie au moyen d'une ἐγγύησις de l'épiclère à l'anchisteus. Gilbert, I, p. 181, note 3; Busolt, sur Müller, IV, 1, p. 140, note 4. Mais cette manière de voir ne peut trouver aucun appui dans les textes. Elle est, en outre, contraire au texte d'Isée précédemment cité qui oppose l'épidicasie à l'engyésis. Cf. Hruza, I, p. 111, note 38.

(2) I, p. 100 et s.

d'épidicasie et de diadicasie est, en effet, régie par les mêmes principes, qu'il s'agisse d'une épiclère ou d'une hérédité et, par suite, la λῆξις ἐπικλήρου doit produire les mêmes effets que la λῆξις κλήρου. La décision du magistrat ou du tribunal a une signification purement formelle, déclarative; elle constitue ce que nous appellerions dans le droit moderne une homologation, une attestation que la λῆξις a été présentée par le véritable ayant-droit et que toute la procédure prescrite par le législateur a été régulièrement accomplie. Mais cette homologation, bien qu'exigée par la loi, n'empêche point que l'acte juridique auquel elle s'applique, c'est-à-dire l'acquisition de l'épiclère, ne se soit antérieurement réalisée. La formation du mariage résulte ainsi pour l'épiclère de la présentation de la λῆξις, c'est-à-dire de la déclaration unilatérale de l'anchisteus appelé par la loi à réclamer l'épiclère.

On peut, si l'on veut comparer les deux modes de formation du mariage admis par le droit attique, dire qu'en cas d'épidicasie, c'est la loi elle-même qui a la qualité de kyrios de l'épiclère et que, par une manifestation permanente de sa volonté, elle l'offre en mariage à l'anchisteus. Il y a alors un parallélisme complet entre l'engyésis et l'épidicasie. Ainsi, de même qu'en cas d'engyésis, le mariage se forme par le concours des volontés du kyrios et du mari, de même, en cas d'épidicasie, il se forme par la déclaration de l'anchisteus de profiter de la disposition faite par la loi en sa faveur. Dans les deux cas, la femme est simplement l'objet de l'acte juridique, et cet acte se parfait indépendamment de tout concours de sa part, qu'elle consente ou non au mariage. La seule différence entre les deux modes de formation du mariage, c'est que l'engyésis est un acte purement privé et ne peut d'ailleurs avoir que ce caractère, puisqu'il s'agit, pour le kyrios, de disposer d'un droit dont il est le titulaire aussi absolu que s'il était question d'un autre objet quelconque soumis à sa puissance. L'épidicasie, au

contraire, suppose l'intervention du magistrat ou du tribunal, car il faut vérifier si la λῆξις est bien conforme à la disposition de la loi. L'épidicasie n'est donc qu'un contrôle de la saine application de la loi, et l'on comprendrait même que le législateur se fût contenté pour le mariage de l'épiclère de la seule déclaration de l'anchisteus, sans exiger toute la procédure de vérification qui accompagne la λῆξις [1].

L'épidicasie est, ainsi que nous l'avons précédemment observé, suivie, de même que l'engyégis, des formalités du γάμος, et ces formalités ont le même sens quel que soit le mode employé pour la formation du mariage. Il y a lieu, par conséquent, non seulement à des cérémonies religieuses et à la *deductio in domum mariti*, mais aussi à la prestation de la γαμηλία [2]. Le mariage, d'autre part, n'est, en cas d'épidicasie, pas plus qu'en cas d'engyésis, inscrit ni sur le registre de la phratrie, ni sur celui du dème, mais la preuve est plus facile dans le premier cas que dans le second puisqu'il existe une décision de l'archonte ou du tribunal homologuant la λῆξις de l'anchisteus et lui fournissant une preuve relativement facile à produire.

Le γάμος, ou consommation du mariage, correspond à la prise de possession de l'héritage par l'héritier externe à la suite de l'épidicasie de la succession. Pour vaincre les obstacles qui s'opposent à sa prise de possession, l'héritier peut alors recourir à la δίκη ἐξούλης, par exemple lorsqu'un tiers s'est emparé injustement des biens héréditaires. Les textes ne disent point quel moyen avait l'anchisteus pour obtenir la possession de l'épiclère en cas de résistance ; mais il est probable qu'il était également autorisé à intenter une δίκη ἐξούλης [3]. Cette résistance ne pouvait guère provenir, d'ailleurs, de l'épiclère elle-même, car la femme athénienne,

(1) Cf. Hruza, I, p. 111-112.
(2) V. *supra*, p. 145 et s.
(3) Hruza, I, p. 110.

habituée à jouer un rôle purement passif dans le mariage, ne devait point songer à se soustraire à la loi de l'épiclérat, quelque dure qu'elle pût lui paraître. Quant au tiers, le principal intéressé à s'opposer à l'application de cette loi, c'était le mari de l'épiclère, lorsque celle-ci avait déjà été mariée, avant le décès de son père, à un étranger ou même à un parent, mais d'un degré plus éloigné que l'anchisteus. Celui-ci est alors autorisé à rompre ce mariage pour obtenir l'épiclère qui lui revient, à moins qu'il n'intervienne une de ces transactions dont parle Isée [1] par laquelle le mari, pour garder sa femme, renonce à la fortune que celle-ci possède.

L'épiclère, une fois mariée, se trouve dans une situation particulière et son mari est soumis envers elle à certaines obligations spéciales qui dérivent toutes du but poursuivi par le législateur dans l'institution de l'épiclérat.

Le mariage de l'épiclère avec le plus proche parent a pour but, comme nous l'avons vu, de donner au défunt un héritier de son sang. Le législateur s'était, en conséquence, montré fort prévoyant afin de bien assurer ce résultat. Ainsi d'abord, au dire de Plutarque [2], le mari de l'épiclère devait remplir ses devoirs conjugaux, ἐντυγχάνειν τῇ ἐπικλήρῳ, au moins trois fois par mois. C'est là une obligation absolue, πάντως, dit le texte, et son inaccomplissement expose le mari à une action publique, la γραφὴ κακώσεως [3] [4].

S'il faut en croire le témoignage de Plutarque [5], Solon

(1) *De Aristar. her.*, § 19.

(2) *Solon*, c. 20, § 6.

(3) Pollux, VIII, 58: Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Μέδοντος καὶ κατὰ τῶν μὴ προσηκόντων (προσηκόντως) τῇ ἐπικλήρῳ συνοικούντων γίγνεσθαι τὰς εἰσαγγελίας λέγει. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 356, note 436.

(4) Cf. Caillemer, *Succession*, p. 47 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 664 ; Hafter, p. 61-62 ; Hruza, I, p. 113. Cette disposition de la loi attique a donné lieu à de nombreuses railleries de la part des comiques. V. Schol. Aristoph., *Equites*, v. 399 ; Lucien, *Bis accusatus*, c. 27 et s.

(5) *Solon*, c. 20, § 3-5: Ἄτοπος δὲ καὶ γελοῖος δοκεῖ ὁ τῇ ἐπικλήρῳ διδοὺς, ἂν ὁ κρατῶν καὶ κύριος γεγονὼς κατὰ τὸν νόμον αὐτὸς μὴ δυνατὸς ᾖ πλησιάζειν, ὑπο

serait allé beaucoup plus loin et aurait permis à l'épiclère, en cas d'impuissance de son mari, d'avoir des relations avec celui des parents de son mari qu'elle préférait. Plutarque juge cette loi absurde et ridicule. « Cependant, dit-il, quelques-uns approuvent que l'on punisse de cette façon ceux qui, inhabiles au mariage, épousent de riches héritières par cupidité et usent du bénéfice de la loi pour outrager la nature. Instruits que leurs femmes auront le droit de se donner à qui bon leur semblera, ou ils renonceront au mariage, ou ils ne se marieront que pour leur honte, pour subir la juste peine de leur avarice et de leur crime. Ce n'est pas non plus sans raison, ajoutent-ils, que le choix de la femme est restreint, et qu'elle ne peut s'adresser qu'à l'un des parents du mari : le législateur a voulu que les enfants qui naîtraient fussent du sang du mari et de sa race. »

Presque tous les commentateurs ont admis l'existence de cette règle en adoptant la traduction que nous venons de citer, et tout en jugeant exorbitante la disposition du législateur athénien. Ils l'expliquent par le caractère exceptionnel de toute la législation concernant l'épiclérat et par le rapprochement des vieilles traditions aryennes. C'est ainsi, a-t-on dit, que, dans le droit successoral de l'Inde [2], quand un Hindou n'a pas de fils, soit par maladie, soit par impuissance, soit par toute autre cause, il peut autoriser son jeune frère ou tout autre parent de la ligne masculine descendant du même bisaïeul, ou même un homme de sa *gens*, à avoir des relations avec sa femme qu'il lui délègue jusqu'à

τῶν ἔγγιστα τοῦ ἀνδρὸς ὀπύεσθαι. Καὶ τοῦτο δ' ὀρθῶς ἔχειν τινές φασι πρὸς τοὺς μὴ δυναμένους συνεῖναι, χρημάτων δ' ἕνεκα λαμβάνοντας ἐπικλήρους καὶ τῷ νόμῳ καταβιαζομένους τὴν φύσιν. Ὁρῶντες γὰρ ᾧ βούλεται τὴν ἐπίκληρον συνοῦσαν ἢ προήσονται τὸν γάμον ἢ μετ' αἰσχύνης καθέξουσι φιλοπλουτίας καὶ ὕβρεως δίκην διδόντες. Εὖ δ' ἔχει καὶ τὸ μὴ πᾶσιν, ἀλλὰ τῶν συγγενῶν τοῦ ἀνδρὸς ᾧ βούλεται διαλέγεσθαι τὴν ἐπίκληρον, ὅπως οἰκεῖον ᾖ καὶ μετέχον τοῦ γένους τὸ τικτόμενον.

(1) Trad. Pierron, I, p. 200.

(2) Lois de Manou, IX, ch. 60 et s. Cf. Aurel Mayr, *Das indische Erbrecht*, 1873, p. 97 et s.

ce qu'elle soit enceinte d'un fils. L'enfant né de cette union est nommé Ksetraja, il est né dans le champ du mari et il est réputé de même sang que le mari, de manière à pouvoir continuer la famille et le culte de celui-ci [1]. On allègue dans le même sens ce qui se pratiquait à Sparte, où l'on ne voyait rien d'inconvenant à ce qu'un vieillard, qui ne se sentait plus apte aux fins du mariage, introduisît près d'elle un jeune homme en reconnaissant, comme s'il était de lui, l'enfant qui naissait de ces relations adultérines. De même, il n'y avait rien d'étrange à ce qu'un mari qui trouvait la femme d'un de ses amis plus belle que la sienne, le priât de l'admettre au partage de ses droits [2]. On ne considérait même pas comme honteux de céder sa femme à des hommes dépourvus du droit de cité, s'ils paraissaient propres à procréer de beaux enfants [3] [4].

L'opinion que nous venons d'exposer, et qui avait déjà rencontré quelques contradicteurs 5, a été tout récemment

(1) V. Caillemer, *Succession*, p. 48, en ce qui concerne les précautions morales dont le législateur hindou avait entouré l'exercice de ce droit.

(2) Plutarque, *Lycurgue*, c. 15; Xénophon, *Respub. Lacedem.*, I, 7, § 8.

(3) Nicolas Damascène, dans les *Fragm. hist.* de Müller, t. III, p. 458; Hesychius, Photius et Suidas, v° λακωνικὸς τρόπος. Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 307; Jannet, *Inst. de Sparte*, p. 100.

(4) L'existence de la loi de Solon, telle que nous venons de l'exposer, est admise par les auteurs suivants : Barthélemy, *Introduction au voyage d'Anacharsis*, part. II, sect. 1; Duruy, *Histoire des Grecs*, 1887, t. I, p. 411; Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. I; Duncker, *Geschichte des Alterthums*, t. VI, p. 207; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 355; Hafter, p. 59; Hruza, I, p. 113. — Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Adultère*, et Lécrivain, *ibid*, v° *Epiclère*, p. 664, tout en émettant des doutes sur l'application d'une semblable loi, finissent par se rallier à l'opinion commune. Caillemer, *Succession*, p. 48, se déclare disposé a croire que Plutarque a attribué à Solon un usage depuis longtemps oublié lorsque parut ce législateur et qu'il nous a conservé, à son insu et en l'altérant, une vieille coutume aryenne que les peuples aryens, éloignés de leur pays d'origine, n'avaient plus conservée en raison du danger qu'elle présentait pour la sainteté du mariage. Le souvenir en était resté confus chez les Athéniens et chez d'autres peuples grecs, et Plutarque s'en est fait l'interprète.

(5) Cf. Wachsmuth, II, § 103, n. 21; Van Stegeren, p. 77. Lewy, p. 31, dit

réfutée d'une façon péremptoire par Dareste [1], et elle repose, en effet, sur une interprétation manifestement inexacte du mot ὀπύεσθαι (ὀπυίεσθαι) employé par Plutarque. La loi de Solon, dont nous ne songeons point à contester l'existence, supposait que l'épiclère avait été adjugée à l'anchisteus, mais que celui-ci se trouvait frappé d'impuissance. Dans ce cas, le but de l'épiclérat, qui est de procurer un successeur au père de l'épiclère, ne peut être atteint et l'on comprend que l'épidicasie ne puisse alors être maintenue. En conséquence, l'épiclère pourra s'adresser à l'archonte et, soit par une κακώσεως γραφή, soit même, croyons-nous, par une demande ordinaire en divorce, ἀπόλειψις, pourra obtenir la rupture de son union. Après avoir ainsi recouvré sa liberté, elle pourra épouser qui elle voudra parmi les proches parents de son mari, ὑπὸ τῶν ἔγγιστα τοῦ ἀνδρὸς ὀπύεσθαι.... τῶν συγγενῶν τοῦ ἀνδρὸς ᾧ βούλεται. Son nouvel époux appartient d'ailleurs au même γένος que l'anchisteus par elle délaissé, puisque cet anchisteus est nécessairement son plus proche parent. Plutarque suppose bien à tort qu'il s'agit de relations illégitimes et que l'épiclère mariée à un individu impuissant pourra se livrer à un amant, pourvu qu'elle le prenne parmi les plus proches parents de son mari. Il peut alors s'indigner à juste titre contre la turpitude du mari qui consent à voir sa femme dans les bras d'un autre, pourvu qu'il garde l'héritage. Mais le moraliste grec a commis une erreur sur le sens du mot ὀπύεσθαι employé dans la loi de Solon. Ce mot qui, à l'époque primitive, désignait le mariage légitime, avait pris avec le temps une autre signification, et avait fini par répondre à l'idée d'un commerce illégitime et même adultère. Plutarque, en commentant la loi de Solon, aurait dû

que Plutarque a confondu sur ce point les institutions d'Athènes avec celles de Sparte.

(1) *Une prétendue loi de Solon*, in *Nouvelle Revue historique du droit*, 1895, p. 5 et s.

évidemment prendre le mot ὀπύεσθαι dans le sens qu'il avait à l'époque où cette loi avait été édictée. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'au moment où il écrivait, les lois concernant l'épiclérat étaient tombées en désuétude et que l'on n'en comprenait même plus la signification. C'est pour ce motif que Plutarque trouve absurde et ridicule une disposition qui, en définitive, n'offre rien d'exorbitant et qui répond parfaitement au but de l'épiclérat. La législation de Solon autorise sans doute une intrusion fâcheuse du magistrat dans la famille, mais elle ne présente rien de plus extraordinaire que les dispositions de certaines législations modernes qui admettent ou ont longtemps admis le divorce pour cause d'impuissance du mari. Si toutefois Plutarque est excusable, dans une certaine mesure, d'avoir mal compris la loi de Solon, les commentateurs modernes ne le sont pas de s'être mépris sur la portée du mot ὀπύεσθαι, dont le sens était bien fixé même avant la découverte de la loi de Gortyne [1]. Dans cette loi, où le mot en question est fréquemment employé, il l'est toujours dans le sens de *nubere*, c'est-à-dire contracter des *justæ nuptiæ*. C'est en ce sens notamment qu'il est pris au chapitre qui traite du mariage de l'épiclère [2], et l'on y prévoit divers cas où l'épiclère peut épouser celui qu'elle voudra parmi ceux de sa tribu, τᾶς πυλᾶς ὀπυίεσθαι ὅτιμα κα λεῖ, termes qui correspondent exactement à ceux de la loi de Solon, τῶν συγγενῶν ᾧ βούλεται.

Certains historiens modernes ont, du reste, commis une autre erreur dans leur commentaire de la loi de Solon en donnant pour sujet aux mots ᾧ βούλεται non point l'épiclère mais l'anchisteus, de telle sorte que celui-ci aurait été le maître de disposer de son épouse. Une pareille idée, comme l'observe Dareste, est absolument repoussée par tout ce

(1) Ainsi on lit dans le glossaire d'Hésychius, v° Βινεῖν· παρὰ Σόλωνι τὸ βίᾳ μίγνυσθαι, τὸ δὲ κατὰ νόμον ὀπύειν. Cf. *Thesaurus* d'Henri Estienne.
(2) VII, 15 et s.

que nous savons de la législation des épiclères. Bien loin d'être à la discrétion de son mari, l'épiclère athénienne avait, à certains égards, une situation supérieure à celle des autres femmes mariées, et elle se trouvait sous la protection spéciale de l'archonte. L'interprétation que nous critiquons des mots ᾧ βούλεται serait en outre absolument contradictoire avec la notion que les Athéniens avaient du mariage.

Au surplus, quand on veut justifier la loi de Solon, telle que l'entend Plutarque, par l'exemple de ce qui avait lieu à Sparte, on oublie la différence profonde qui existait entre les institutions de Sparte et celles d'Athènes. Dans la cité de Lycurgue, il n'était point question, comme dans l'épiclérat athénien, d'assurer la continuation de la famille et la perpétuité du culte domestique. On se proposait, avant tout, par la communauté ou la substitution des femmes dont parlent les anciens historiens, de procurer à l'Etat des citoyens vigoureux. Aussi Xénophon [1] remarque-t-il que la coutume qu'il mentionne est contraire à ce qui se pratique dans le reste de la Grèce. Il faut donc laisser de côté l'analogie prétendue du droit spartiate et interpréter comme nous l'avons fait la loi de Solon, en y voyant seulement le développement logique et peut-être un peu exagéré de l'institution de l'épiclérat.

Le mari de l'épiclère qui, en sa qualité de plus proche parent de celle-ci [2], est investi de la qualité de kyrios, est tenu, à ce titre, de certaines obligations. Ainsi c'est à lui qu'il incombe en première ligne de représenter l'οἶκος à laquelle appartient l'épiclère, et cela jusqu'à ce qu'il puisse y avoir un autre continuateur légal de cette famille, c'est-à-dire jusqu'à la majorité du fils de l'épiclère. Le mari de l'épi-

(1) *Loc. cit.* : περὶ μὲν δὴ τεκνοποιίας αὐτὰ τἀναντία γνοὺς τοῖς ἄλλοις.

(2) C'est là du moins le cas le plus fréquent. Il n'en est autrement que dans l'hypothèse exceptionnelle où le plus proche parent a renoncé au droit qu'il possédait d'épouser l'épiclère : il demeure alors son kyrios bien que celle-ci soit mariée à un autre.

clère doit, en conséquence, procéder jusqu'à cette époque aux cérémonies religieuses constitutives du culte domestique [1].

Le mari de l'épiclère doit également, en sa qualité de kyrios de sa femme, assister celle-ci dans tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine et qu'elle est incapable de consentir seule, conformément aux règles que nous indiquerons ultérieurement à propos de la tutelle des femmes. Bien que ce soit ordinairement à cause de la succession recueillie par l'épiclère que l'anchisteus use de son droit de la revendiquer en mariage, cette succession n'appartient point cependant à l'anchisteus, mais à sa femme [2]. Mais celle-ci, bien que propriétaire, n'en a point la libre administration et, dès lors, son mari doit, suivant le droit commun, l'habiliter, en qualité de kyrios, pour les actes qu'elle n'a point la capacité de passer seule [3]. La majorité des fils de l'épiclère n'a pas du reste pour effet de dépouiller le mari de la tutelle de leur mère [4].

Le mari de l'épiclère n'est point seulement kyrios de sa femme ; il a aussi, mais uniquement jusqu'à la majorité du fils né de son mariage, un droit beaucoup plus avantageux pour lui, à savoir le droit de jouir des revenus de la succession recueillie par sa femme. Ce droit explique comment la main des riches épiclères était recherchée avec tant d'em-

(1) Hafter, p. 62.

(2) V. Isée, *De Cir. her.*, § 31; *De Arist. her.*, § 5. Cf. Hruza, I, p. 97, note 15 ; Hafter, p. 64. *Contra* Gans, *Erbrecht*, I, p. 337.

(3) Cette proposition est généralement admise. V. Platner, *Process*, II, p. 154; Hafter, p. 66; Hruza, I, p. 97, note 15. Elle ne paraît point d'ailleurs sérieusement contestable, bien que cependant on ne puisse la fonder directement sur aucun texte. Les passages des orateurs allégués par Platner (Isée, *De Cir. her.*, § 31; *De Arist. her.*, §§ 12 et 19 ; Démosthène, *Adv. Steph.*, II, § 20) ne prouvent qu'une chose, à savoir que le mari de l'épiclère n'est pas héritier. Quant à l'induction tirée par Hafter d'un passage de Lysias (*Adv. delat.*, XXIV, § 14), elle nous paraît bien faible pour être prise en sérieuse considération.

(4) V. *infra*, p. 477.

pressement par leurs parents paternels [1]. L'épiclère n'apportait sans doute à son mari aucune dot proprement dite, προίξ. Mais, de même que le mari d'une fille ἐπίπροικος jouissait des revenus de la dot en raison de son obligation d'entretenir son épouse et tant que durait cette obligation, de même le mari d'une fille ἐπικλήρος jouissait des revenus de la succession recueillie par l'épiclère tant qu'il était tenu de pourvoir à l'entretien de sa femme, c'est-à-dire jusqu'à la majorité des fils de l'épiclère, époque à laquelle ceux-ci, recueillant l'héritage de leur grand-père, se trouvaient eux-mêmes tenus de donner des aliments à leur mère qu'ils dépouillaient légalement.

Par contre, le mari de l'épiclère est tenu, en raison des avantages qu'il retire de sa qualité d'usufruitier, de payer les dettes qui grèvent la succession recueillie par sa femme, et cela, semble-t-il, sans aucune distinction [2].

Les droits de l'épiclère sont garantis, d'une manière générale, et vis-à-vis de son mari en particulier, par une action spéciale, la δίκη κακώσεως, action dont l'exercice appartient même à tout citoyen jouissant de ses droits civiques et qui n'entraîne aucun danger pour le demandeur lorsqu'il succombe. Cette action sert notamment, comme nous l'avons vu, à sanctionner l'obligation du mari de l'épiclère de remplir ses devoirs conjugaux au moins trois fois par mois. De même, lorsqu'il s'agit d'une épiclère θῆσσα, il est probable que le refus du plus proche parent de l'épouser ou de la doter donne lieu à une εἰσαγγελία κακώσεως ἐπικλήρου. Les auteurs [3] signalent un autre cas de κάκωσις, celui où le mari de l'épi-

(1) Plutarque (*Solon*, c. 20) signale les maris des épiclères comme χρημάτων ἕνεκα λαμβάνοντες ἐπικλήρους. Les comiques s'expriment dans le même sens. Cf. Hafter, p. 60 et s.

(2) Isée, *De Arist. her.*, § 16. Cf. Van den Es, p. 48; Platner, *Process*, II, p. 254.

(3) Diogène Laërce, IV, 3, 17; Lucien, *Bis accus.*, 24. Cf. Hermann-Blümner, p. 254.

clère se livre à la débauche avec des courtisanes ou des garçons [1], cas auquel l'épiclère a certainement le droit de demander le divorce [2]. Les règles de compétence et de procédure sont d'ailleurs les mêmes pour toute εἰσαγγελία κακώσεως, que la κάκωσις soit commise envers l'épiclère ou un mineur, et nous ne les exposerons pas ici [3]. Nous observerons seulement qu'en cas d'épiclérat pas plus qu'en cas de minorité, il n'y a lieu d'admettre, à côté de la δίκη κακώσεως, une autre action nommée γραφὴ κακώσεως ἐπικλήρου [4].

V. Du fils de l'épiclère.

L'objet de toute l'institution de l'épiclérat est moins l'épiclère elle-même que le fils qui va naître de son union avec l'anchisteus et qui est appelé à recueillir l'héritage de son grand-père et à continuer directement sa personne et son culte. Le fils de l'épiclère est ordinairement désigné par l'expression θυγατριδοῦς et, a-t-on dit, si on lui donne ce nom particulier au lieu de l'appeler simplement petit-fils, c'est pour bien marquer qu'il recueille par l'entremise de sa

(1) La δίκη κακώσεως est-elle restreinte à l'épiclère? ou bien au contraire peut-elle être intentée par toute femme mariée sur le fondement des mêmes faits qui en autorisent l'exercice par l'épiclère? La question est controversée. V. *supra*, p. 229.

(2) V. *supra*, p. 382.

(3) Hafter, p. 82 et s.; Schulthess, p. 191 et s.; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 353 et s. — Suivant Caillemer (*in* Daremberg et Saglio, vo *Atimie*, p. 523), l'atimie ne frappe point les maris qui manquent à leurs devoirs envers leurs femmes épiclères. Si quelquefois des maris, condamnés pour κάκωσις sont présentés comme ἄτιμοι, c'est qu'ils n'ont pas payé l'amende à laquelle ils ont été condamnés.

(4) Hafter, p. 86; Schulthess, p. 206. Nous verrons, en étudiant la tutelle des femmes, qu'il n'y a pas lieu, en cas de κάκωσις, commise contre une épiclère par son mari, de déroger aux principes concernant l'exercice des actions de la femme.

mère [1]. Il ne semble pas cependant que l'expression θυγατριδοῦς ait été un terme technique employé pour désigner le fils de l'épiclère. D'une manière générale, le θυγατριδοῦς est simplement le fils né d'une fille, ὁ ἀπὸ θυγατρὸς ἔκγονος, mais ce mot ne paraît pas exclusivement applicable au fils né de l'épiclère, ὁ ἐξ ἐπικλήρου ἔκγονος. Dans certains plaidoyers, il est vrai, le fils de l'épiclère est nommé θυγατριδοῦς [2], mais la preuve que cette expression ne désigne point nécessairement le fils de l'épiclère, se trouve dans un passage d'Isée où l'orateur s'exprime aussi : καίτοι εἰ μὴ θυγατριδοῦς ἡμᾶς ἐνόμιζεν (à savoir Κίρων) εἶναι καὶ μόνους ἐκγόνους ἑώρα λοιποὺς καταλελειμμένους αὐτῷ, οὐκ ἄν ποτε ἐποίει τούτων οὐδέν [3]. L'orateur n'aurait point évidemment ajouté les mots καὶ μόνους ἐκγόνους ἑώρα λοιποὺς καταλελειμμένους αὐτῷ, si le mot θυγατριδοῦς avait eu la signification technique qu'on lui prête [4]. D'autre part, la loi même citée par Démosthène [5] qui contient la règle concernant la dévolution de l'hérédité au petit-fils, n'emploie pas l'expression θυγατριδοῦς et dit simplement ἐξ ἐπικλήρου τις. Néanmoins, sous le bénéfice des observations précédentes, nous nous réservons de désigner à l'occasion le fils de l'épiclère par l'expression θυγατριδοῦς.

Au surplus, ainsi que nous l'avons précédemment observé [6], les règles que nous allons exposer relativement au θυγατριδοῦς ne sont applicables que dans le cas où l'épiclère a épousé, soit l'anchisteus, soit, à défaut de celui-ci, un autre parent paternel d'un degré plus éloigné. Mais si l'épiclère a été donnée en mariage à un étranger par l'anchisteus en sa qualité de kyrios, les fils qui naissent de cette union ne sont

(1) Cf. Caillemer, *in Revue de législation ancienne et moderne*, 1875, p. 16; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 663; Hruza, I, p. 92, note.
(2) Isée, *De Cir. her.*, arg. et §§ 17 et 24. Cf. Lysias, *Adv. Diogit.*, § 2.
(3) *De Ciron. her.*, § 17.
(4) Cf. Hafter, p. 69, 70.
(5) *In Steph.*, II, § 20.
(6) *Supra*, p. 436.

point les continuateurs de la personne de leur aïeul paternel. Ils ne peuvent prétendre à l'adoption posthume dont nous parlerons, ni revendiquer la succession de leur grand-père. C'est ainsi que, dans le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Aristarque, l'orateur réclame cette succession non pour lui-même, mais pour sa mère qui, appelée à succéder à Aristarque en qualité d'épiclère, n'avait point été épousée par l'anchisteus, mais donnée en mariage par celui-ci. Or, si le fils de cette épiclère avait été θυγατριδοῦς, il aurait certainement revendiqué pour lui-même la succession litigieuse, puisqu'il était majeur [1]. On voit de même, dans le plaidoyer sur l'héritage de Pyrrhus [2], que la prétendue fille légitime de Pyrrhus revendique pour elle-même la succession, bien qu'elle ait des enfants de son mari Xénoclès, et la raison en est que ce Xénoclès était un étranger [3]. Dans les deux cas que nous venons de signaler, comme dans tous autres semblables, l'épiclère mariée à un étranger recueille donc définitivement la succession paternelle et les enfants qu'elle a de son mariage ne peuvent prétendre aux biens de cette succession qu'au décès de leur mère et en qualité d'héritiers de celle-ci [4].

Le fils de l'épiclère ne devient réellement le continuateur de son aïeul maternel, soit au point de vue civil, soit au point de vue religieux, qu'à l'époque de sa majorité. Mais avant de voir comment s'opère alors la transmission au θυγατριδοῦς du patrimoine et du culte, nous avons à rechercher quelle est la condition du fils de l'épiclère jusqu'à sa majorité, ce qui ne laisse pas de présenter quelques difficultés très sérieuses.

Le θυγατριδοῦς, pendant sa minorité, est sous la tutelle de son

(1) Cf. Schœmann, sur Isée, p. 429.
(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 55.
(3) Isée, *loc. cit.*, § 63 : μηδαμόθεν μηδὲν προσήκων Πύρρῳ.
(4) Hruza, I, p. 92, note.

père, mari de l'épiclère. Quelle que soit d'ailleurs la signification de l'adoption posthume du θυγατριδοῦς dans l'οἶκος de son aïeul maternel, la tutelle ne cesse point d'appartenir à son père. En supposant même, en effet, que le lien d'agnation soit rompu par cette adoption entre le θυγατριδοῦς et son père, celui-ci n'en reste pas moins le plus proche parent de son fils, puisqu'il n'a pu épouser l'épiclère qu'en vertu de son titre d'anchisteus [1]. Au surplus, en sa double qualité de père et d'usufruitier des biens de l'épiclère, il est tenu d'une obligation d'aliments et d'éducation envers les enfants nés du mariage [2].

Le mari de l'épiclère serait tenu, d'après certains auteurs [3], d'une autre obligation envers le θυγατριδοῦς, à savoir de l'introduire par une adoption posthume dans la maison de son aïeul maternel. Cette adoption, rattachant ainsi directement le petit-fils à l'aïeul, serait une condition de la transmission du patrimoine et des *sacra* au θυγατριδοῦς lorsque celui-ci a atteint sa majorité. Il est question, en effet, d'une semblable adoption dans plusieurs plaidoyers d'Isée et de Démosthène. Ainsi, dans le plaidoyer sur l'héritage d'Apollodore, l'orateur reproche à des épiclères de ne pas avoir songé à introduire ainsi un de leurs fils dans la maison d'Eupolis leur père [4]. De même, dans le plaidoyer contre Macartatos, Sosithée dit de son adversaire que « lorsqu'un fils lui est né il n'a point pensé à le faire entrer dans la maison de Hagnias,

(1) Hafter, p. 64-65. Il est vrai que, dans le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos, § 15, ce n'est point Sosithée, père naturel du fils d'Eubulide II, fils d'épiclère, qui figure au procès comme kyrios de son enfant, mais bien un frère de celui-ci. Il n'y a toutefois rien à en conclure, et il est probable que si Sosithée a délégué à ce frère les fonctions de kyrios pour le procès, c'est afin d'éviter un préjudice ou d'obtenir un avantage dont la portée nous échappe.

(2) Haften, p. 66.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 576; Hafter, p. 67. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 46, note 1.

(4) Isée, *De Appollod. her.*, § 31 : ἐκείνῳ δ' οὐκ εἰσποιούσας ὄντων αὐταῖς παίδων.

lui possesseur de la maison d'Hagnias, et se prétendant parent de ce dernier par les mâles » [1]. L'introduction du fils de l'épiclère dans la maison de son aïeul paternel donne lieu d'ailleurs, dit-on, non point à une simple ἐγγραφή, mais à une véritable ποίησις, ou, suivant l'expression que nous retrouverons en matière d'adoption, à une adoption posthume [2].

Le mari de l'épiclère a, du reste, une certaine latitude pour remplir cette obligation qui lui incombe de réaliser l'adoption posthume du θυγατριδοῦς. C'est ce qui résulte du plaidoyer contre Macartatos, où il est dit, au § 11 : ἐπειδὴ οὑτοσὶ ὁ παῖς ἐγένετο καὶ ἐδόκει καιρὸς εἶναι. C'est seulement lorsqu'il croit le moment favorable que Sosithée donne l'enfant en adoption à son aïeul maternel, « pour que la maison ne devienne pas déserte ». Toutefois, ainsi que le prouvent les reproches d'indifférence adressés aux filles d'Eupolis dans le plaidoyer sur l'héritage d'Apollodore, on doit dire qu'une trop longue prorogation de cette formalité était contraire à l'esprit de la loi sur l'épiclérat. Cette adoption devait, dans tous les cas, être réalisée, au plus tard, dans l'année qui précédait la majorité du θυγατριδοῦς [3].

Les solutions que nous venons d'indiquer nous paraissent fort contestables, et nous serions plutôt porté à admettre, du moins dans l'état actuel des sources, que l'introduction pos-

(1) Démosthène, *Adv. Macart.*, : ὥστε γενομένου αὐτῷ υἱέος τοῦτον μὲν εἰσαγαγεῖν εἰς τὸν οἶκον τὸν Ἁγνίου υἱὸν τῷ Ἁγνίᾳ.

(2) Hafter, p. 67. Peu importe, d'après cet auteur, qu'Isée (*De Pyrrhi her.*, § 73), se serve de l'expression εἰσάγεσθαι ; il n'en résulte point que l'on s'écarte ici des formes ordinaires de l'adoption, car Isée emploie ailleurs (*De Apollod. her.*, § 31), le mot εἰσποίησις.

(3) Hafter, p. 67-69. Cet auteur, se demandant si le fils de l'épiclère doit ou non être inscrit d'abord dans la phratrie de son père naturel, penche pour la négative. Il est, dit-il, plus conforme au but de l'épiclérat que l'enfant soit inscrit, dès l'origine, dans la phratrie de son aïeul. Cette solution, ajoute-t-il, est conforme à la tradition aryenne suivant laquelle le fils de l'épiclère est répaté *ipso jure* fils de son grand-père.

thume du θυγατριδοῦς dans la maison de son aïeul maternel ne constituait point une obligation légale pour le mari de l'épiclère. Les textes allégués en sens contraire ne sont nullement concluants. Ainsi d'abord, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Apollodore, le fait que les filles d'Eupolis n'ont point introduit un de leurs enfants dans la maison de son aïeul, bien que blâmé par l'orateur, n'est point présenté par lui comme illégal. D'autre part, dans le plaidoyer contre Macartatos, il ne s'agit nullement d'un fils d'épiclère. Quant à l'adoption posthume dont il est question aux §§ 12 et 13 du même plaidoyer, elle a lieu en conformité d'une volonté manifestée par le défunt. De même enfin, au § 13 du plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Pyrrhus, l'adoption est réalisée conformément à l'intention formellement exprimée par l'aïeul de son vivant. Donc, tout ce que l'on peut admettre, c'est que l'adoption posthume du θυγατριδοῦς est conforme aux traditions et aux usages ; elle est en harmonie avec l'esprit religieux de l'institution de l'épiclérat, mais elle n'est point légalement imposée au père du θυγατριδοῦς [1].

L'εἰσποίησις du fils de l'épiclère n'est point non plus, comme on l'a prétendu, la condition nécessaire de la transmission à cet enfant du patrimoine de l'aïeul. Nulle part, en effet, il n'est question dans les textes que nous venons d'examiner d'une semblable condition mise à l'acquisition par le θυγατριδοῦς de la succession de l'aïeul. De même, la loi citée par Démosthène [2], relative à l'attribution de cette succession au fils de l'épiclère, n'y met d'autre condition que la majorité de cet enfant, et c'est également en ce sens que cette loi paraît entendue dans les plaidoyers d'Isée [3], ainsi que par le grammairien Harpocration [4]. La solution que nous préfé-

(1) Schœmann, sur Isée, p. 263, et *Antiquités grecques*, t. I, p. 408; Hruza, I, p. 93, note.
(2) *Adv. Steph.*, II, § 20.
(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 50; *De Cir. her.*, § 31.
(4) V° ἐπὶ διετὲς.

rons est en outre plus conforme aux traditions aryennes d'où dérive l'instiution de l'épiclérat et d'après lesquelles le putrikâ-putra est considéré *ipso jure* comme le petit-fils de l'aïeul maternel [1].

Une autre question préalable à l'étude de la transmission du patrimoine au θυγατριδοῦς est celle de savoir comment se règle la situation lorsqu'il naît à l'épiclère plusieurs fils de son mariage avec l'anchisteus. A s'en tenir littéralement au texte de la loi de l'épiclérat citée par Démosthène, au § 20 du deuxième plaidoyer contre Stéphanos, on pourrait croire, que le premier fils survenant à l'épiclère a un droit exclusif à la succession de l'aïeul dès qu'il atteint sa majorité. Il y est dit, en effet : καὶ ἐὰν ἐξ ἐπικλήρου τις γένηται καὶ ἅμα ἡβήσῃ ἐπὶ δίετες κρατεῖν τῶν χρημάτων κτλ [2]. Mais cette interprétation est, à notre avis, manifestement inexacte. La loi athénienne ne reconnaît point le droit d'aînesse et, suivant l'opinion générale, n'admet au profit du fils aîné ni préciput ni même le droit de choisir sa part héréditaire [3]. Elle décide, au contraire, d'une manière formelle et absolue, que les parts de tous les enfants doivent être égales, πάντας τοὺς γνησίους ἰσομοίρους εἶναι, règle qui, par la généralité de ses termes, s'applique aux enfants d'une épiclère aussi bien qu'à tous autres. Aussi Isée, lorsqu'il fait plusieurs fois allusion à la loi de transmission au θυγατριδοῦς de la succession de l'aïeul maternel, parle-t-il au pluriel des enfants de l'épiclère, en les appelant tous sans distinction à cette succession. C'est ce qu'il dit notamment au § 31 du plaidoyer pour l'héritage de Ciron : συνοικῆσαι μὲν ἂν τῇ γυναικὶ κύριος ἦν, τῶν δὲ χρημάτων οὐκ ἂν, ἀλλ' οἱ γενόμενοι παῖδες ἐκ τούτου καὶ ἐξ ἐκείνης, ὁπότε ἐπὶ ίετες ἥβησαν. οὕτω γὰρ οἱ νόμοι κελεύουσιν [4]. Aussi Dé-

(1) Hruza, I, p. 93. V. *supra*, p. 399.
(2) Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 408.
(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 574; Caillemer, *Succession*, p. 30.
(4) Isée s'exprime de même au pluriel dans d'autres plaidoyers. *De Pyrrhi*

mosthène, après avoir cité la loi de l'épiclérat dans le plaidoyer contre Stéphanos, affirme-t-il [1], dans le commentaire qu'il en donne, que d'après la loi *les enfants* de l'épiclère, τοὺς παῖδας, deviennent les kyrioi de leur mère dès qu'ils ont atteint leur majorité. La solution qui attribuerait au premier né la succession de l'aïeul ferait naître d'ailleurs plusieurs questions bien délicates sur le point de savoir si le fils aîné n'est tenu d'aucune obligation envers ses autres frères. Les choses doivent donc se passer, à notre avis, comme s'il s'agissait de la dévolution d'une succession ordinaire [2]. Aussi déciderions-nous que les fils de l'épiclère se partageant entre eux la totalité de la succession de leur aïeul, mais à l'exclusion de leurs sœurs, sont tenus de doter celles-ci.

Si la qualité de fils aîné de l'épiclère ne confère aucun privilège, et si, d'autre part, comme nous l'avons admis, l'εἰσποίησις du θυγατριδοῦς n'est ni une obligation pour son père, ni une condition de sa vocation héréditaire, cette adoption posthume ne peut-elle pas du moins ouvrir au profit de celui qui en a été l'objet un droit de préférence vis-à-vis de ses frères, en constituant l'enfant ainsi εἰσποιητός seul continuateur de la personne de l'aïeul maternel? On l'a prétendu [3] en se fondant sur le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos [4]. On lit, en effet, dans ce plaidoyer, que Sosi-

her., § 50: τοῖς γε ἐκ τῆς γνησίας θυγατρὸς παισὶ γεγονόσιν ἁπάντων τῶν παππῴων κληρονομία προσήκει. *De Aristar. her.*, § 12: κατα τὸν νόμον ὃς οὐκ ἐᾷ τῶν τῆς ἐπικλήρου κύριον εἶναι, ἀλλ' ἢ τοὺς παῖδας ἐπὶ δίετες ἡβήσαντες κρατεῖν τῶν χρημάτων.

(1) Cette affirmation est fort contestable. V. *infra*, p. 477.

(2) Cf. en ce sens : Bunsen, p. 19; Schneider, p. 17 et 40; Schulin, p. 15 Hruza, I, p. 94, note.

(3) Cf. Hruza, *loc. cit.*

(4) Schulin, *loc. cit.* Schœmann (Trad. Galuski, I, p. 408) dit également en ce sens que le mari de l'épiclère, devenu père de plusieurs garçons, était tenu par la coutume, à défaut de loi, de constituer avec la fortune de sa femme une sorte de majorat en faveur de l'un d'eux pour le mettre en mesure de relever et de continuer la maison de l'aïeul maternel.

thée, mari de Phylomaché, fille unique d'Eubulide I, introduit, par une adoption posthume, son second fils dans la maison de son beau-père. Donc, dit-on, cette adoption ne peut avoir de sens que si elle a pour objet de conférer au fils cadet de Sosithée un droit de préférence sur un fils aîné en ce qui concerne la succession d'Eubulide I. Cette conclusion, à notre avis, ne résulte point nécessairement du plaidoyer en question. L'orateur, en effet, indique lui-même dans quel but Sosithée a procédé à cette adoption posthume. Ce n'est point pour procurer spécialement et exclusivement comme héritier à Eubulide I le jeune Eubulide II, second fils de Sosithée. Eubulide I a naturellement pour héritiers les quatre fils de sa fille épiclère, Phylomaché, y compris Sosias le fils aîné et Eubulide II le second fils. Par l'εἰσποίησις en question, Sosithée se proposait uniquement de donner à Hagnias, ἀνεψιός de son beau-père Eubulide I, un héritier préférable à Macartatos qui prétendait également à la succession de Hagnias. Voilà pourquoi Sosithée dit qu'il a présenté l'enfant (Eubulide II) à la phratrie de Hagnias et d'Eubulide et que l'enfant est entré, comme fils d'Eubulide I, dans la maison de Hagnias. Mais il n'est aucunement question dans le plaidoyer des effets de l'εἰσποίησις en ce qui concerne la succession d'Eubulide I, et rien n'y fait supposer que cette succession parvienne intégralement à Eubulide II à l'exclusion de ses trois autres frères. Il faut observer d'ailleurs que Sosias, le frère aîné, qui assiste Eubulide II dans le procès en qualité de kyrios, était majeur et que, dès lors, conformément à la loi, il avait dû toucher aussitôt après sa majorité la part qui lui revenait dans l'hérédité de son aïeul [1]. Nous dirons enfin que les biens

(1) Dareste (*Plaidoyers civils*, t. II, p. 53, note 15), dit qu'il n'est pas nécessaire de supposer que Sosias fût également le fils de Philomaché. Mais c'est une erreur, car dans son plaidoyer, au § 74, Sosithée déclare expressément qu'il a eu quatre fils de son mariage avec Philomaché, dont Sosias et le jeune Eubulide.

d'Eubulide I ayant déjà, au moment de l'εἰσποίησις, été dévolus à sa fille Phylomaché qui, comme nous le verrons, y avait succédé *ipso jure* au décès de son père, on ne peut rationnellement admettre une nouvelle dévolution de ces biens à titre de biens d'aïeul [1].

C'est au moment de leur majorité, ἅμα ἡβήσῃ ἐπὶ διετές, que le patrimoine de l'aïeul maternel est recueilli par les fils de l'épiclère [2]. A quelle époque précise a lieu cette majorité, ou, en d'autres termes, quelle est précisément la signification de l'expression ἐπὶ διετές ἡβῆσαι employée par les textes? C'est là une question assez délicate que nous aurons ultérieurement à examiner, et que l'on résout généralement en plaçant à dix-huit ans accomplis l'âge de cette majorité. La transmission du patrimoine de l'aïeul s'opère d'ailleurs, dans tous les cas, au profit du θυγατριδοῦς majeur. Peu importe que le mari de l'épiclère soit encore ou non vivant à l'époque de cette majorité. L'avantage pécuniaire qu'il a pu retirer de son mariage avec l'épiclère cesse toujours à cette époque au profit du θυγατριδοῦς [3].

La transmission de la succession s'opère de plein droit au moment de la majorité des fils de l'épiclère, et le mari de celle-ci doit, en conséquence, remettre à ses enfants les biens qui la composent. Sa situation est semblable à celle du tuteur vis-à-vis de son pupille lorsque celui-ci devient majeur, mais l'analogie n'est point absolue par ce motif que les biens

(1) Hruza, I, p. 94, note. Cet auteur observe que l'adoption posthume du jeune Eubulide, sans avoir pour effet de lui faire acquérir quelque chose de plus dans la succession de son aïeul, lui préjudiciait à un point de vue en lui enlevant tout droit à la succession de son père Sosithée.

(2) Nous aurons à voir ultérieurement, en étudiant la théorie des successions, si lorsque l'épiclère est déjà mariée et a des enfants à l'époque du décès de son père, ces enfants ne sont pas appelés à partager avec leur mère la succession de l'aïeul maternel. Nous verrons que cette question doit se résoudre négativement.

(3) Hafter, p. 77.

recueillis par le θυγατριδοῦς étaient jusque-là la propriété de leur mère. L'épiclère, en effet, à la mort de son père, devient véritablement héritière, *ipso jure* et sans épidicasie, des biens qui composent la succession paternelle. L'épiclère, *heres sua* au même titre que le fils lorsqu'il hérite, a la saisine légale [1] et peut se mettre directement et de sa propre autorité en possession des biens de son père [2].

Le droit de propriété antérieur de l'épiclère, qui fait que le droit du θυγατριδοῦς ne s'ouvre juridiquement qu'à l'époque de sa majorité, peut expliquer, dans une certaine mesure, la différence qui existait entre le tuteur ordinaire et le mari de l'épiclère. Celui-ci devait être tenu envers ses enfants d'une obligation de restitution moins rigoureuse que celle de l'ἐπίτροπος. Aussi voit-on, dans un plaidoyer d'Eschine [3], que Hegesander, mari d'une épiclère, après avoir mené très grand train avec la fortune de celle-ci, en dissipa la plus grande partie. On ne peut admettre cependant que la disposition de la loi qui appelait le θυγατριδοῦς à succéder à son aïeul maternel, soit restée dépourvue de sanction et qu'il ait dépendu de son père d'anéantir ce droit par une mauvaise administration. En fait et en droit, ainsi que nous l'avons

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 60 dit d'une manière générale et sans distinguer entre les fils et les filles : ὅσοι μὲν ἂν καταλίπωσι γνησίους παῖδας ἐξ αὑτῶν, οὐ προσήκει τοῖς παισὶν ἐπιδικάσασθαι τῶν πατρῴων.

(2) Il est question, au § 60 du plaidoyer sur la succession de Pyrrhus, de l'ἐμβάτευσις d'une épiclère. Isée dit d'autre part (*De Aristar. her.*. § 5) en parlant d'une épiclère : ἡ μητὴρ ἡ ἐμὴ ἐπὶ παντὶ τῷ οἴκῳ ἐπίκληρος ἐγένετο καὶ οὕτω μὲν ἐξ ἀρχῆς ἅπαντα ταυτὶ τῆς ἐμῆς μητρὸς ἐγένετο. Il n'est donc pas exact de dire, comme le font Meier, Schœmann et Lipsius (p. 575) que l'épiclère n'est point véritablement héritière, mais seulement un agent de transmission. Il y a de même quelque exagération dans ce passage de Perrot (*Eloquence judiciaire*, p. 371) où cet auteur dit que jusqu'à ce que l'union de l'épiclère devint féconde, l'héritage n'avait pour ainsi dire pas de propriétaire, qu'il n'appartenait pas à la femme qui, tenue dans un perpétuel état d'incapacité légale, n'avait pas qualité pour posséder, et encore moins à l'époux qui faisait partie d'une autre famille et célébrait un autre culte domestique. L'incapacité de la femme athénienne n'empêche point, en effet, qu'elle puisse acquérir et posséder.

(3) *C. Timarch*, I, § 95.

déjà observé, les biens de l'aïeul sont en quelque sorte des biens frappés de substitution et, dès lors, on doit dire que l'administration du mari de l'épiclère est soumise à un contrôle quelconque. Ce contrôle appartient naturellement à l'archonte éponyme chargé, d'une manière générale, d'assurer le respect de la loi de l'épiclérat. En supposant que ce magistrat ne puisse point exercer personnellement cette surveillance, la mauvaise gestion du mari de l'épiclère peut lui être dénoncée par tout citoyen et faire l'objet d'une εἰσαγγελία κακώσεως semblable à celle qui peut être formée en cas de négligence ou de mauvaise foi du tuteur [1].

Les textes sont également muets sur la manière dont s'opère la remise au θυγατριδοῦς du patrimoine de son aïeul [2]. Il y a lieu toutefois de supposer qu'elle doit s'effectuer de la même manière que la restitution dont le tuteur ordinaire est tenu envers son pupille et qu'elle a lieu en présence de témoins [3].

Le θυγατριδοῦς n'acquiert la succession que sous une condition, celle de fournir des aliments à sa mère qu'il dépouille : κρατεῖν χρημάτων τὸν δὲ σῖτον μετρεῖν τῇ μητρί [4]. Le σῖτος comprend, comme le dit Pollux [5], τὰς ὀφειλομένας τροφάς. L'expression μετρεῖν, dont se sert la loi, indique qu'originairement du moins, le fils de l'épiclère devait remplir son obligation par des prestations en nature. Mais il est probable que dans la suite l'obligation du θυγατριδοῦς a dû consister uniquement dans le versement d'une partie des revenus fournis par la succession qu'il recueillait [6]. Quelle était cette quote-part ? La loi ne le dit pas, et l'on doit admettre que son étendue,

(1) Hafter, p. 80. Cf. Schulthess, p. 191 et s.
(2) Cf. Isée, *De Astyph. her.*, § 29; Lysias, *C. Diogit.*, § 9.
(3) Démosthène, *C. Aphob.*, II, § 7. Cf. Hafter, p. 80; Schulthess, p. 184.
(4) Démosthène, *In Steph.*, II, § 20.
(5) VIII, 33. — Cf. Harpocration, v° σῖτος.
(6) Hafter, p. 81.

qui variait suivant les cas, devait, en cas de contestation, être fixée par l'archonte protecteur légal de l'épiclère. Il y a lieu, du reste, de supposer que la pension alimentaire ainsi fournie par le θυγατριδοῦς à l'épiclère profite au mari de celle-ci, comme compensation de la perte de revenus que lui occasionne la majorité de son fils [1].

La sanction de l'obligation du θυγατριδοῦς envers sa mère a dû varier suivant le mode même d'exécution de cette obligation. A l'origine, quand le σῖτος correspondait exactement à l'entretien de l'épiclère et avait pour objet les prestations en nature nécessaires à sa subsistance, la négligence du fils pouvait certainement être réprimée au moyen d'une εἰσαγγελία κακώσεως ἐπικλήρου. Mais quand le σῖτος se fut converti en une pension alimentaire, il devint difficile de considérer le retard apporté par le fils à servir à sa mère les arrérages de cette pension comme un acte de nature à léser la personne même de l'épiclère et, par suite, à donner ouverture à une εἰσαγγελία κακώσεως. L'épiclère dut alors avoir à sa disposition, pour obtenir satisfaction de son fils, une δίκη σίτου analogue à celle qu'avait la femme contre le mari débiteur de sa dot [2]. L'action de l'épiclère, de même que celle de la femme créancière de sa dot, appartient à la compétence de l'archonte éponyme [3] et elle est jugée à l'Odéon [4].

La majorité des fils de l'épiclère a-t-elle pour effet, non seulement de leur donner la jouissance de la fortune laissée par le grand-père, mais encore de leur conférer la tutelle de leur mère en qualité de kyrioi? La question est controversée. L'opinion suivant laquelle les fils de l'épiclère deviennent les tuteurs de leur mère aussitôt après leur majorité, même si leur père, mari de l'épiclère, existe encore, se fonde d'abord sur un texte d'Harpocration, v° ἐπιδιετὲς qui,

(1) Hruza, I, p. 97, note 15; Hafter, p. 87.
(2) Hafter, p. 87.
(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 527.
(4) Démosthène, *In Neæram*, § 52; *Suidas*, v° Ὠιδεῖον

se référant au plaidoyer d'Hypéride contre Charétès, porte : ἐπεὶ δὲ ἐνεγράφην ἐγὼ καὶ ὁ νόμος ἀπέδωκε τὴν κομιδὴν τῶν καταλειφθέντων τῇ μητρί, ὃς κελεύει κύριους εἶναι τῆς ἐπικλήρου καὶ τῆς οὐσίας ἁπάσης τοὺς παῖδας ἐπειδὰν ἐπιδιετὲς ἡβῶσιν. Ce texte paraît bien attribuer aux enfants la tutelle de leur mère dès qu'ils atteignent leur majorité. C'est également en ce sens qu'Apollodore, dans son plaidoyer contre Stéphanos [1], interprète la loi citée par lui et qui autorise les fils majeurs de l'épiclère à κρατεῖν τῶν χρημάτων, τὸν δὲ σῖτον μετρεῖν τῇ μητρί. Il tire en effet de ce texte la conclusion suivante : οὐκοῦν ὁ μὲν νόμος κελεύει τοὺς παῖδας ἡβήσαντας κυρίους τῆς μητρὸς εἶναι [2].

Nous estimons, au contraire, que la majorité des fils de l'épiclère n'a nullement pour effet de leur attribuer la tutelle de leur mère et que la qualité et les pouvoirs du kyrios restent à la personne qui en était précédemment investie, c'est-à-dire normalement au mari de l'épiclère. Il est plus rationnel, en effet, de s'en tenir au texte de la loi qui règle la situation de l'épiclère plutôt qu'au commentaire qui peut en avoir été donné par un plaideur intéressé et peu scrupuleux. Or, la loi citée par Apollodore ne fait aucune allusion à la transmission de la tutelle aux enfants devenus majeurs, elle les autorise seulement à s'emparer des biens, κρατεῖν τῶν χρημάτων, en les obligeant en même temps à servir des aliments à leur mère sur le revenu de ces biens. Peu importe le commentaire que donne ensuite Apollodore du texte même de la loi. On sait, en effet, le peu de confiance qu'il faut accorder en général aux raisonnements de ce plaideur. C'est ainsi que, de l'avis de tous, le premier moyen qu'il invoque dans le même plaidoyer, aux §§ 14 et 15, pour établir la fausseté du testament, est tiré de l'incapacité de Pasion parce que celui-ci n'aurait pas été citoyen de naissance

(1) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 20.

(2) Cf. en ce sens Heffter, p. 75; Van Stegeren, p. 102; Van den Es, p. 7; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 565, qui toutefois ne considèrent cette opinion que comme « vraisemblable ».

(ποιητός), ne repose que sur une équivoque [1]. On doit donc se défier également de l'autre moyen de nullité qu'il invoque aux §§ 19 et 20. Son argumentation est d'autant plus suspecte que si la loi avait eu le sens qu'il lui attribue, la qualité de kyrios n'aurait pu, dans tous les cas, appartenir qu'aux fils nés du mariage de l'épiclère et non à ceux d'un précédent mariage, ce qui était le cas d'Apollodore. L'interprétation que nous proposons nous paraît d'autant plus fondée que, dans d'autres textes également relatifs à notre question, ce sont uniquement les biens de l'épiclère et non sa personne qui ont l'objet de la prétendue tutelle dévolue aux enfants majeurs [2]. Quant au fragment d'Hypéride, il ne renferme probablement qu'une solution d'espèce, et il est du reste difficile d'en tirer une objection sérieuse contre notre théorie, attendu qu'il s'agit d'un fragment isolé dont on ne peut apprécier la relation avec ce qui précède et ce qui suit. Il faut donc restreindre l'effet de la majorité des enfants à la dévolution des biens de l'épiclère, d'autant plus que l'on ne voit pas de motif sérieux pour dépouiller des fonctions de kyrios, en principe perpétuelles, celui qui en était jusque-là investi [3].

(1) V. *Infra*, tit. II, ch. II, De l'adoption.

(2) Isée, *De Cir. her.*, § 31 : συνοικῆσαι μὲν ἂν τῇ γυναικὶ κύριος ἦν, τῶν δὲ χρημάτων οὐκ ἂν ἀλλ' οἱ γενόμενοι παῖδες ἐκ τούτου καὶ ἐξ ἐκείνης, ὁπότε ἐπὶ διετὲς ἥβησαν· οὕτω γὰρ οἱ νόμοι κελεύουσιν. Isée, *De Arist. her.*, § 12 : κατὰ τὸν νόμον ὃς οὐκ ἐᾷ τῶν τῆς ἐπικλήρου κύριον εἶναι ἀλλ' ἢ τοὺς παῖδας ἐπὶ διετὲς ἡβήσαντας κρατεῖν τῶν χρημάτων. C'est encore dans le même sens que Suidas, v° ἡβήσαντες, entend ce dernier texte d'Isée qu'il nous rapporte : Ἰσαῖός φησιν ἐν.... τὰ δὲ χρήματα τέως μὲν τῆς ἐπικλήρου εἶναι, ἐπειδὰν δὲ παῖδες ἐπὶ διετὲς ἡβήσωσιν, ἐκείνους αὐτῶν κρατεῖν. Cf. Van den Es, p. 47, note 3. Au surplus, alors même que le mot κύριος se trouverait dans la loi citée par Apollodore, ce ne serait point une objection décisive, ainsi que le prouve cette loi citée par Démosthène, *C. Macart.*, § 51 : ἐὰν μὲν παῖδας καταλίπῃ θηλείας σὺν ταύτῃσι, ἐὰν δὲ μή, τούσδε κυρίους εἶναι τῶν χρημάτων κτλ.

(3) Platner, *Process*, II, p. 276 ; Hermann-Thalheim, p. 10, note 1; Stæcker, p. 25, 26 ; Hafter, p. 79; Hruza, p. 62 ; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epiclère*, p. 663.

VI. — De l'épiclère θῆσσα.

La situation juridique de l'épiclère θῆσσα, c'est-à-dire appartenant à la dernière classe des citoyens, celle des thètes, présente certaines particularités. Ce n'est plus alors pour le plus proche parent de l'épiclère une faculté de l'épouser; la loi l'oblige à le faire, à moins qu'il ne préfère lui constituer une certaine dot qui lui permettra de trouver un autre mari. On a dit que cette charge était la contre-partie des droits successoraux, conformément à l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* [2]. Mais, il est difficile à notre avis, de parler d'*emolumentum* quand il s'agit d'une épiclère de cette catégorie, la charge seule existe, et elle ne peut guère s'expliquer que par des considérations d'intérêt politique ou religieux et par le désir de prévenir l'extinction d'une famille et d'un culte.

La loi qui a établi cette obligation du plus proche parent de l'épiclère θῆσσα est généralement attribuée à Solon [3]. Le législateur athénien se serait lui-même inspiré d'une loi semblable édictée par Charondas de Thurium, et d'après laquelle le plus proche parent d'une orpheline pauvre était obligé de l'épouser ou de lui payer une dot de 500 drachmes [4]. L'existence de la loi de Solon est attestée par

(1) Solon avait divisé le peuple en quatre classes, à savoir : 1° les pentacosiomédimnes, c'est-à-dire ceux qui récoltaient sur leur fonds 500 médimnes de grain ou 500 métrètes de vin ; 2° les chevaliers, qui en récoltaient 300 ; 3° les zeugites, qui en récoltaient 150 et 4° enfin les thètes, c'est-à-dire ceux dont le revenu était inférieur à 150 médimnes ou métrètes.

(2) Barilleau, *Constitution de dot*, p. 158. Le langage de Démosthène (*Adv. Macart.*, § 54) semble favoriser cette manière de voir.

(3) Aristophane de Bysance, ap. Eustath. ad. Il, 449; Diodore de Sicile, XII, 18, 2. Cf. Schelling, p. 101; Hafter, p. 56; Wachholtz, p. 29; Caillemer, *Succession*, p. 55; Barilleau, p. 158. V. toutefois Meier, Schœmann et Lipsius, p. 515.

(4) Diodore de Sicile, *loc. cit.* D'après cet historien, le droit d'option fut

de nombreux documents : le plus important, et celui qui, comme nous allons le voir, a soulevé des difficultés très sérieuses, est le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos où l'orateur, en parlant des charges imposées aux héritiers, est amené à citer intégralement la loi en question dans les termes suivants : « Pour les épiclères qui paient le cens de la quatrième classe, si le plus proche parent refuse d'épouser celle qui lui échoit, il devra la marier en lui donnant une dot de 500 drachmes, s'il est lui-même pentacosiomédimne, de 300 drachmes, s'il est chevalier, de 150 s'il est zeugite et ce non compris les biens personnels de la fille [1]. S'il y a plusieurs parents au même degré [2], chacun d'eux contribuera à la dot pour sa part. S'il y a plusieurs filles, la famille [3] ne sera pas obligée d'en marier plus d'une, mais le plus proche parent sera tenu de la marier ou de l'épouser. Si le plus proche parent ne l'épouse pas ou ne la marie pas, l'archonte le contraindra soit à l'épouser, soit à la marier. Faute de l'y avoir contraint, l'archonte paiera 1.000 drachmes au profit du temple d'Héra. Tout citoyen pourra dénoncer à l'archonte celui qui ne se conformera pas à cette loi » [4]. La loi de Solon est également mentionnée dans d'autres plaidoyers [5], et par les grammairiens [6]. Il y

supprimé ultérieurement sur la demande d'une jeune fille et le parent dut nécessairement épouser l'orpheline.

(1) Nous entendons les mots πρὸς οἷς αὐτῆς en ce sens : πρὸς τούτοις ἃ αὐτῆς ἐστιν. Cf. en ce sens : Schelling, p. 101 ; Wachholtz, *loc. cit.;* Hafter, p. 57 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. 2, p. 41 ; Barilleau, p. 159.

(2) Il faut lire, en effet, au texte : ἐὰν δὲ πλείους ὦσιν, et non ἐὰν δὲ μὴ πλείους. Schelling, *loc. cit.;* Van den Es, p. 41 ; Dareste, *loc. cit.;* Barilleau, *loc. cit.*

(3) Il est plus rationnel de lire τῷ γένει que τῷ γ' ἑνί. Cf. Wachholtz, *loc. cit.;* Hafter, *loc. cit.* ; Van den Es, p. 41.

(4) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 54.

(5) Cf. Isée, *De Cleonymi her.*, § 39 : « Si, dit l'orateur, Cléonyme avait laissé des filles pauvres, la loi nous forcerait, en qualité de plus proches parents, à les épouser ou à les doter. »

(6) V. Pollux, III, 33 ; Suidas, v° θῆττα ; Harpocration, v° ἐπίδικος ; Etymol. magn., v° θῆττα ; Aristophane de Bysance, *loc. cit.* Ces textes sont cités dans Meursius, *Lect. Att.*, c. V, 1 ; Petit, p. 551 et s.

est fait aussi plusieurs fois allusion dans la comédie de Térence intitulée *Le Phormion* et que le poète latin a imitée de l'ἐπιδικαζόμενος d'Apollodore. Térence en parle ainsi :

Lex est ut orbæ qui sunt genere proxumi
Iis nubant, et illas ducere eadem hæc lex jubet [1].

Dans une autre scène, un père apprenant que, conformément à cette loi, son fils a épousé une orpheline pauvre, s'indigne de cette conduite et dit que son fils aurait pu se contenter de donner à sa parente la dot requise par la loi :

Non fuit necesse habere, sed id quod lex jubet
Dotem daretis, quæreret alium virum [2].

Il propose en conséquence de rompre le mariage en donnant à la jeune fille la dot légale :

... Id quod lex jubet
Dotem dare, abduce hanc, minas quinque accipe [3].

S'il ne peut y avoir de doute sur l'existence de l'obligation alternative [4] ainsi imposée au plus proche parent de l'épiclère θῆσσα, c'est, au contraire, une question assez délicate que celle de savoir quelle dot ce parent doit fournir à l'orpheline au cas où il refuse de l'épouser. Aux termes de la loi citée par Démosthène, le chiffre de la dot est proportionnel à la fortune du constituant, et il augmente ou dimi-

(1) *Phormion*, I, 2, v. 75, 76.
(2) *Ibid.*, II, 1, v. 66, 67.
(3) *Ibid.*, II, 3, v. 52, 53.
(4) Lorsque le plus proche parent de l'épiclère θῆσσα n'avait pas usé de la faculté que la loi lui offrait de se soustraire au mariage en la dotant et que le mariage avait été consommé, était-il permis de le faire rompre en offrant la dot prescrite ? La question est posée dans le Phormion de Térence ; Démiphon et Phormion la tranchent, mais chacun dans un sens différent et les amis qu'ils consultent émettent également des avis opposés. Cf. Lallier, *Le procès du Phormion, in Annuaire*, p. 54 et s.

nue suivant la classe à laquelle il appartient. Mais l'authenticité de cette loi a été énergiquement contestée par certains auteurs [1] suivant lesquels le chiffre de la dot est, au contraire, fixé d'une manière invariable à la somme de 500 drachmes, quelle que soit la classe à laquelle appartienne le constituant. Ces auteurs se fondent sur certains passages des écrivains où le minimum de la dot paraît, en effet, fixé au chiffre invariable de 500 drachmes ou 5 mines. Tels sont d'abord les vers précités de Térence où le père propose de fournir la dot légale qui, suivant lui, est de cinq mines. Le grammairien Harpocration dit de même que le plus proche parent devait épouser la θῆσσα ou lui donner une dot de cinq mines [2]. Dans un autre passage [3], Harpocration rapporte que le discours d'Isée contre Satyros et le plaidoyer de Dinarque à propos de la fille d'Aristophane mentionnaient également l'obligation de payer à la θῆσσα la somme de cinq mines. Suidas [4] décide pareillement que « l'épiclère qui n'a pas de dot et que son père a laissée dans la misère recevra à titre de dot, en vertu des prescriptions de la loi, une somme de 500 drachmes que lui paient ses parents. » On dit enfin, dans le même sens, que la loi de Charondas, qui a servi de modèle à celle de Solon, fixait uniformément à 500 drachmes la somme que le plus proche parent devait payer à l'orpheline, s'il refusait de l'épouser. L'unanimité de ces témoignages doit, dit-on, l'emporter sur le plaidoyer de Démosthène, et le texte cité par cet orateur ne peut être qu'apocryphe. Ce qui peut d'ailleurs contribuer à jeter des doutes sur l'authenticité de ce texte, c'est qu'il n'est point complet et garde le silence sur le cas où le plus proche

(1) Francke, *Iaenische Zeitung*, 1844, p. 741 ; Van den Es, p. 41 ; Caillemer, *Droit de succession*, p. 55 et s. et *in* Daremberg et Saglio, v° *Dos*, p. 390.

(2) Harpocration, v° θῆτες.

(3) Harpocration, v° ἐπίδικος.

(4) Suidas, v° θῆττα.

parent de la θῆσσα appartenait lui-même à la classe des thètes.

Nous croyons, au contraire, à l'authenticité de ce texte et, sans refuser toute valeur aux témoignages plus équivoques des autres écrivains, nous estimons qu'ils peuvent très bien se concilier avec la loi rapportée par Démosthène. Il est certain, tout d'abord, que les dispositions de la loi de Solon, telles que les cite l'orateur, sont beaucoup plus rationnelles, lorsqu'elles proportionnent le chiffre de la dot à la fortune du constituant, qu'une règle fixant cette dot au chiffre invariable de 500 drachmes. Elles sont conformes également à l'idée générale qui a fait répartir les citoyens en différentes classes, en graduant leurs droits et leurs obligations d'après la classe à laquelle ils appartiennent. La fixation d'un chiffre uniforme de 500 drachmes aurait même été trop rigoureuse pour les citoyens de la seconde et de la troisième classe et, dans certains cas, elle aurait pu entraîner leur ruine, s'ils n'avaient point voulu épouser l'épiclère. Les témoignages allégués contre notre manière de voir ne sont nullement décisifs. Ainsi d'abord lorsque Térence parle d'une dot de cinq mines, on peut très bien supposer que le personnage qu'il met en scène appartient à la classe des pentacosiomédimnes, cas où son obligation est bien, en effet, de cinq mines, mais rien ne démontre que cette même somme eût dû être fournie en toute autre hypothèse. La même supposition est possible pour les passages d'Harpocration où il est question d'une dot de cinq mines. Dans le premier de ces passages, en effet, le grammairien se réfère à des vers du poète comique Posidippe, ὡς Ποσείδιππός ὁ κωμικός φησι ; or, il est très possible que Posidippe ait fait allusion à un citoyen de la première classe. Dans l'autre passage, Harpocration se réfère à deux plaidoyers de Dinarque et d'Isée, mais comme ces plaidoyers sont perdus, il serait téméraire d'attribuer une valeur absolue à la règle qu'en tire le grammairien. L'argument d'analogie

tiré de la loi de Charondas n'est pas plus concluant, car tout en admettant que Solon s'est inspiré de cette loi, rien ne prouve qu'il l'ait reproduite exactement, et il est, au contraire, plus naturel de supposer qu'il a dû la modifier pour l'adapter à la répartition par lui faite des citoyens en quatre classes. On ne saurait enfin attribuer au témoignage de Suidas d'autre valeur que celle d'une opinion particulière, car il s'agit là d'un lexique composé vers le IX[e] ou le X[e] siècle et qui, de l'avis général, n'est qu'une compilation souvent irréfléchie des écrivains antérieurs.

L'autorité du texte si clair, si précis et si détaillé cité par Démosthène n'est donc nullement ébranlée, à notre avis, par les objections tirées des autres textes qui fixent uniformément le chiffre de la dot à 500 drachmes, et voici alors comment on peut arriver à une conciliation entre le premier et les seconds. La loi de Solon, rapportée par Démosthène, tomba en désuétude, car la distinction des classes ne tarda pas à être abrogée par l'usage, par le seul effet du progrès de la richesse publique, bien avant qu'elle fût abolie officiellement sous l'archontat de Nausinikos, en 378. Cette distinction ayant disparu et, par contre, l'obligation de fournir une dot aux orphelines pauvres s'étant maintenue, on fut amené naturellement à conserver pour la dot le chiffre de 500 drachmes, fixé originairement pour les seuls citoyens de la première classe. Ce taux, même pour les citoyens moins fortunés, n'avait plus rien d'exorbitant si l'on songe au développement de la fortune mobilière et à la diminution de valeur de l'argent. On comprend dès lors que les auteurs qui, sans être d'ailleurs des jurisconsultes, n'écrivaient qu'à une époque relativement récente, aient tous mentionné le chiffre de 500 drachmes comme étant celui que devait, dans tous les cas, payer le parent de l'orpheline [1].

(1) V. en ce sens : Dareste, *Plaid. civ.*, II, p. 55, note 26 ; Barilleau, p. 163 et s. ; Hafter, p. 56, 57 ; Ciccotti, p. 34-35. Cf. Hruza, I, p. 114 note 42.

Le grammairien Aristophane [1] déclare même que la loi de Solon fut renouvelée et que le chiffre de la dot fut élevé de 500 à 1.000 drachmes. Cette nouvelle augmentation peut s'expliquer également par une plus grande abondance du numéraire. En tout cas, si elle a réellement eu lieu, elle ne peut être que postérieure au discours de Dinarque (prononcé au IVe siècle) et même à la comédie de Posidippe [2] (qui vivait vers l'an 280 av. J.-C.), car ces deux auteurs fixent encore à cinq mines le chiffre de la dot [3].

La loi de Démosthène ne parle pas du cas où le plus proche parent appartient lui-même à la classe des thètes, et partage, en conséquence, la condition de l'orpheline sans fortune ou n'ayant presque rien. On pourrait en conclure que ce parent n'est tenu d'aucune obligation. Cette solution serait cependant contraire à l'esprit de la loi et au désir qui l'inspire de maintenir les familles. Si, en pareil cas, il ne peut être question de l'alternative ouverte par la loi de Solon et si la constitution d'une dot, même minime, est impossible de la part d'un parent qui est lui-même sans ressources, on doit admettre que ce parent est tenu d'épouser l'épiclère, ou du moins de lui fournir des aliments en attendant qu'elle trouve un mari [4].

Lorsqu'il existe plusieurs parents au même degré de l'épiclère θῆσσα, chacun d'eux contribue à la dot pour une quote-part, πρὸς μέρος, dit Démosthène. Mais il se peut que ces parents, bien qu'au même degré, ne soient pas tous compris dans la même classe de citoyens. Ainsi, en supposant qu'il y ait trois parents au même degré, l'un est un pentacosiomédimne, le second un chevalier et le troisième un zeugite. L'épiclère, en pareil cas, nous paraît avoir droit à une dot

(1) *Loc. supra cit.*, p. 479, note 3.
(2) Meineke, *Frag. com. græc.*, 4, 527.
(3) Van den Es, p. 43-44 ; Caillemer, *Succession*, p. 60 ; Hafter, p. 56, 57.
(4) Barilleau, p. 159 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 60 ; Hafter, p. 56 ; Dareste, *loc. cit.*, note 27. Cf. Van den Es, p. 43.

de 500 drachmes, du moment qu'il existe un parent de la première classe. Mais le paiement de la dot doit être réparti entre les trois parents proportionnellement au cens, c'est-à-dire dans la proportion de 500 à 300 et à 150, le premier payant 10/19es, le second 6/19es et le troisième 3/19es. En supposant de même l'existence de deux parents du même degré, l'un chevalier, l'autre zeugite, la dot, fixée alors au chiffre de 300 drachmes, doit être payée par eux dans la proportion de 300 à 150 [1].

Dans l'hypothèse où le défunt laisse plusieurs filles θῆσσαι, la famille, aux termes de la loi, n'est tenue que d'en marier une, mais alors le plus proche parent doit la doter ou l'épouser. Cette disposition montre que le législateur s'est préoccupé beaucoup moins d'assurer le sort des orphelines pauvres, en général, que de prévenir l'extinction d'une famille : pour atteindre ce dernier but, il suffit du mariage d'une des filles.

C'est l'archonte éponyme qui, chargé d'une manière générale de sauvegarder les intérêts des épiclères, a également le soin de veiller à l'observation de la loi posée spécialement pour l'épiclère θῆσσα. Il doit, d'après le texte cité par Démosthène, contraindre le plus proche parent soit à l'épouser, soit à la marier. La loi n'indique ni la procédure suivie en pareil cas, ni les moyens de contrainte employés par l'archonte. On doit admettre que celui-ci peut, conformément à la loi qui lui confie la protection des épiclères, imposer une amende au parent négligent [2], et il y a lieu de supposer que, dans la plupart des cas, la menace de cette amende ou la condamnation devaient déterminer le parent de la θῆσσα à remplir ses obligations envers elle. Il ne nous semble pas, en tout cas, que l'archonte ait eu le pouvoir de le condamner purement et simplement

(1) Wachholtz, *loc. cit.;* Hafter, p. 57.

(2) Démosthène, *Adv. Macartat.*, § 75. Cette amende est une ἐπιβολή. Cf. Hruza, I, p. 114.

à épouser l'orpheline ; la condamnation ne pouvait être qu'alternative, de même que l'obligation qui incombait à l'anchisteus [1]. L'archonte peut, d'autre part, être saisi des faits, soit par une plainte directe de l'épiclère, ce qui devait se produire très rarement, soit au moyen d'une dénonciation ou ἀπογραφή. Peut-être aussi doit-on considérer le refus du plus proche parent de remplir ses obligations comme une κάκωσις ἐπικλήρου, donnant lieu à une εἰσαγγελία que peut exercer tout citoyen [2].

Quant à la sanction de la loi à l'égard de l'archonte négligent, elle est indiquée en des termes très clairs qui n'ont besoin d'aucune explication.

Sauf ce que nous venons de dire relativement à la constitution de dot, la condition de l'épiclère θῆσσα reste la même que celle de toute autre épiclère. Ainsi c'est au moyen d'une épidicasie qu'elle peut être revendiquée [3], revendication du reste purement hypothétique, si l'on songe à la situation de fortune de cette épiclère [4]. De plus, en cas de conduite blâmable à l'égard de la θῆσσα, il peut y avoir lieu à une δίκη κακώσεως, comme pour toute autre épiclère [5].

(1) Hruza, I, p. 115, note 45. *Contra:* Meier, Schœmann et Lipsius, p. 360.

(2) Hruza, I, p. 114. Cf. sur l'ἀπογραφή, Meier, Schœman et Lipsius, p. 303 et s.

(3) Cf, Hruza, I, p. 115.

(4) Diodore de Sicile, XII, 18, 2, 3 ; Térence, *Phormion*, v. 115 s., 120 s. C'est ce qui résulte également du plaidoyer de Démosthène contre Macartatos, où Sosithée, après avoir cité la loi concernant l'épiclère θῆσσα, dit, au § 55 : ὅτε δὲ τῆς ἐπικλήρου ἔδει ἐπιδικάζεσθαι Φυλομάχης.... ἐγὼ μὲν ἧκον φοβούμενος τὸν νόμον καὶ ἐπεδικαζόμην γένει ὢν ἐγγυτάτω. Phylomaché devait être une θῆσσα, puisque Sosithée, pour fonder son mariage avec elle, se réfère à la loi relative à l'épiclère θῆσσα. Or il parle à ce sujet d'épidicasie. La λῆξις ἐπικλήρου était donc nécessaire pour la formation du mariage d'une θῆσσα comme pour celle du mariage de toute autre épiclère. Cf. Hruza, I, p. 114.

(5) Cf. Hafter, p. 58 ; Hruza, I, p. 114.

(6) Hafter, p. 58. Cf. Térence, *Phormion*, v. 621-631.

SECTION VII

Des enfants naturels.

Dans le droit attique, le mariage est, avec l'adoption, la seule source de la famille, et les enfants qui ne sont rattachés à leurs auteurs ni par l'une ni par l'autre de ces deux institutions sont en dehors de la famille, du culte domestique, et ne jouissent d'aucun des privilèges d'ordre moral ou d'ordre matériel que la participation à ce dernier peut entraîner. C'est manifestement sous l'influence des idées religieuses que la loi grecque a été si sévère pour les enfants nés en dehors du mariage. Mais il ne nous paraît pas qu'on ait jusqu'à présent saisi très exactement la véritable nature de ces idées. Si les enfants naturels sont en dehors de la famille et du culte domestique, c'est, a-t-on dit, parce qu'ils sont nés d'une concubine qui, à la différence de la femme légitime, n'a pas été associée au culte du mari, du père. Le lien du culte, qui est le fondement de tous les droits, ne peut donc se former entre le père et son enfant naturel, et c'est pour cela que celui-ci ne peut succéder ni aux *sacra* ni au patrimoine. D'autre part, comme il n'existe alors entre le père et le fils aucune communauté religieuse, il n'y a rien qui puisse conférer à l'un l'autorité et commander à l'autre l'obéissance [1].

Pour nous, qui n'admettons point que le mariage ait pour effet de détacher la femme de son ancien culte pour lui attribuer nécessairement celui de son mari [2], nous ne pouvons voir dans le défaut d'association de la mère naturelle au culte du père la cause de la rigueur déployée par la loi

(1) C'est la théorie de Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 5 et 8.
(2) V. *supra*, p. 147 et s.

vis-à-vis des bâtards. Nous estimons néanmoins que c'est à une influence religieuse qu'est due l'exclusion de ceux-ci, et voici comment nous comprenons cette influence. Bien que le mariage existe légalement par la seule engyésis, la religion n'en préside pas moins, en fait, à la formation de l'union des époux, et des cérémonies religieuses qui, aux yeux de l'opinion, ont certainement beaucoup plus d'importance que le contrat d'engyésis, précèdent ou accompagnent habituellement le mariage : celui-ci n'est considéré comme un lien sacré que si l'on a appelé sur lui, par des prières et des sacrifices, la bénédiction des θεοὶ γαμήλιοι. On comprend dès lors que les enfants qui naissent d'une union qui ne s'est point formée sous les auspices de la religion soient considérés comme une souillure pour la famille et, par voie de conséquence, comme une profanation pour la cité qui n'est qu'une agrégation de familles. Si, dans les mœurs modernes, la naissance d'un enfant naturel n'est qu'une infraction aux lois de la morale, elle constitue dans les sociétés antiques, à Athènes spécialement, une offense à la religion, ce qui, dans l'esprit du temps, est autrement grave, et, dès lors, il n'y a pas lieu de s'étonner de la sévérité beaucoup plus grande de la loi athénienne vis-à-vis des bâtards.

L'enfant né du mariage [1], que celui-ci soit contracté par voie d'engyésis ou par voie d'épidicasie, c'est-à-dire l'enfant qu'en droit moderne on nomme légitime [2], c'est, dans le langage juridique des Athéniens, le παῖς γνήσιος [3]. Aux enfants γνήσιοι les anciens auteurs opposent l'enfant qu'ils qualifient de

(1) Nous faisons abstraction de l'enfant adoptif qui, comme nous le verrons, est complétement assimilé par la loi à un enfant né en légitime mariage. V. *infra*, ch. II, De l'adoption.

(2) Certains auteurs le qualifient, en latin, de *genuinus*, Cf. Van den Es, p. 69 et s.

(3) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 49 : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ πατὴρ ἢ ἀδελφὸς ἢ πάππος, ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους. Bien que ce texte ne parle pas des enfants nés d'un mariage contracté par voie d'épidicasie, il n'en est pas moins certain que ces enfants ont également la qualité de γνήσιοι.

νόθοι. Cela se voit notamment dans la définition donnée par Pollux et sur la portée de laquelle nous aurons ultérieurement à revenir : γνήσιος μὲν ὁ ἐκ γυναικὸς ἀστῆς καὶ γαμετῆς (ὁ δὲ αὐτὸς καὶ ἰθαγενής), νόθος δὲ ὁ ἐκ ξένης ἢ παλλακίδος. ὑπ' ἐνίων δὲ καλεῖται μητρόξενος [1]. Si le sens du mot γνήσιος n'est pas douteux, par contre des difficultés assez sérieuses peuvent s'élever sur la signification du mot νόθος, et elles proviennent de la variété des hypothèses dans lesquelles les anciens auteurs se servent de cette expression. A notre avis, ce mot comprend, dans un sens large, tous les enfants qui ne jouissent pas de la plénitude des droits reconnus aux enfants γνήσιοι, qu'il s'agisse de droits politiques ou de droits civils. Il faut donc se garder de considérer comme exactement synonymes les expressions παῖς γνήσιος et enfant légitime. Ainsi, comme nous l'avons précédemment établi [2], l'enfant né d'un mariage mixte, c'est-à-dire d'une étrangère et d'un Athénien, est légitime, car, dans notre opinion du moins, ce mariage est parfaitement valable. Mais cet enfant qui, jusqu'aux réformes de Périclès et d'Antiphon, était absolument considéré comme γνήσιος, en ce sens qu'il jouissait de tous les droits civils et politiques comme l'enfant né du mariage d'un Athénien et d'une Athénienne, a pu, à partir de ces réformes, être qualifié de νόθος, car le droit de cité n'a plus été reconnu qu'aux enfants nés de deux citoyens [3]. Cet enfant est légitime, en ce sens qu'il jouit de tous les droits civils et de famille, mais il est νόθος au point de vue politique.

(1) Pollux, III, 21. Cf. Schol. Eurip. *Alc.* 1001 ; Hesychius, III, p. 76 (Schmidt).

(2) V. *supra*, p. 179 et s.

(3) Cf. Pollux, III, 21, *supra cit.* Les poètes comiques donnent également à Hercule, fils d'un dieu et d'une mortelle, c'est-à-dire d'une femme étrangère à l'Olympe, le titre de νόθος (V. Aristophane, *Aves*, v. 1648 et 1650). Pareillement, c'est dans le sens d'étranger que le mot νόθος est employé par Aristote dans un passage de sa *Politique* (III, 3, § 5) qui n'a pas toujours été très exactement interprété. Après avoir dit que, dans beaucoup de républiques, on a appelé les étrangers au rang de citoyens et que, dans certaines démocraties, le droit de

On a prétendu qu'il peut y avoir à Athènes des enfants légitimes, γνήσιοι, en dehors du mariage, lorsque ces enfants sont nés d'un concubinat légitime. Les enfants de la concubine ἐγγυητή seraient toutefois, à un point de vue, dans une situation inférieure à celle des enfants nés du mariage, en ce sens qu'ils ne seraient investis des droits de filiation vis-à-vis de leur père qu'après avoir été introduits par lui dans sa phratrie. Il y aurait ainsi une catégorie d'enfants dont la condition serait intermédiaire entre celle des enfants nés du mariage et celle des simples bâtards [1]. Mais nous avons établi précédemment que la théorie du concubinat légitime ne repose sur aucun fondement sérieux. Donc, à notre avis, tout enfant né en dehors du mariage est un enfant naturel, un νόθος [2], expression que nous emploierons désormais pour le qualifier, en rappelant toutefois que, dans le droit attique, cette expression peut avoir une autre signification et s'appliquer, depuis Périclès, à l'enfant né d'un mariage mixte.

La condition des enfants naturels peut, à Athènes, se définir en quelques mots en disant, suivant la formule consacrée, qu'ils sont privés de l'ἀγχιστεία ἱερῶν καὶ ὁσίων. Cette exclusion de l'anchistie, qui frappe les enfants naturels, paraît être d'origine relativement récente. A l'é-

cité peut s'acquérir du chef de la mère, Aristote ajoute : Τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον ἔχει καὶ τὰ περὶ τοὺς νόθους παρὰ πολλοῖς. Οὐ μὴν ἀλλ' ἐπεὶ δι' ἔνδειαν τῶν γνησίων πολιτῶν ποιοῦνται πολίτας τοὺς τοιούτους (διὰ γὰρ ὀλιγανθρωπίαν οὕτω χρῶνται τοῖς νόμοις), εὐποροῦντες δ' ὄχλου κατὰ μικρὸν παραιροῦνται τοὺς ἐκ δούλου πρῶτον ἢ δούλης εἶτα τοὺς ἀπὸ γυναικῶν· τέλος δὲ μόνον τοὺς ἐξ ἀμφοῖν ἀστῶν πολίτας ποιοῦσιν. Qu'ici le mot νόθος désigne ceux qui sont nés d'une étrangère et d'un citoyen, et non point les bâtards, c'est ce qui résulte manifestement des développements qui suivent ce qu'Aristote dit des νόθοι. L'auteur ne laisse d'ailleurs soupçonner en aucune façon qu'il puisse s'agir d'enfants nés en dehors du mariage, car il ne parle nullement de ce lien et ne se réfère qu'à l'extranéité des parents. Cf. en ce sens Caillemer, *in Annuaire*, 1878, p. 187.

(1) V. *supra*, p. 87.

(2) Le mot latin *nothus* est employé par certains auteurs pour traduire le mot νόθος. Cf. Van den Es, p. 70; Zimmermann, p. 3 et s.

poque héroïque, en effet, les bâtards paraissent avoir été dans une situation relativement favorable [1]. Abstraction faite des droits de succession, les enfants illégitimes ne semblent pas avoir été traités autrement que ceux nés du mariage. Tous sont élevés en commun dans la maison paternelle. Les bâtards sont quelquefois dotés par leur père [2] ; ils sont même reconnus par la famille [3] et la qualification de νόθος n'est nullement déshonorante [4]. Les enfants naturels sont libres d'ailleurs, bien que leur mère soit esclave, ainsi que le prouve Ulysse, lorsqu'il se donne comme issu de Castor, fils d'Hylas et d'une esclave achetée [5]. Mais les νόθοι ne viennent, à certains égards, qu'après les enfants légitimes. C'est à ceux-ci qu'est dévolue la succession [6], ou du moins les bâtards n'en recueillent qu'une part minime. Mais, à défaut d'enfants γνήσιοι, la succession paraît avoir été dévolue aux νόθοι. Nous n'avons, il est vrai, aucune preuve positive de l'exclusion des collatéraux par les enfants naturels, mais cette solution est assez vraisemblable. C'est ainsi que, d'après Plutarque [7], l'illégitimité de Thésée n'est nullement un obstacle à ce qu'il succède à son père. De même, d'après Euripide [8], Molossos, νόθος de Néoptolème et d'Andromaque, n'en est pas moins appelé à régner. Ces faveurs concédées soit par les mœurs, soit par la loi, aux enfants naturels de l'âge héroïque, s'expliquent, du reste,

(1) On peut ainsi signaler, pour le droit grec, une évolution analogue à celle qui s'est produite dans notre droit français en ce qui concerne la situation juridique des bâtards. Seulement nous ne sommes pas en mesure de voir à quel moment s'est manifesté le courant d'opinion défavorable qui devait à la fin conduire les enfants naturels au rang tout à fait secondaire qu'ils occupent à l'époque des orateurs.

(2) Cf. Homère, *Iliade*, XIII, 171 et s.

(3) *Ibid*, XIII, 694 et s.; V, 69 et s.

(4) Cf. Eustathius, *ad. Iliad.*, VIII, 284.

(5) *Odyssée*, XIV, 199.

(6) Cf. *Odyssée*, XIV, 208 et s.

(7) *Thésée*, c. 2 et s.

(8) *Andromaque*, v. 1243 et s.

dans une certaine mesure, par la condition même de leurs mères qui, bien qu'esclaves par suite des malheurs de la guerre ou d'un rapt, étaient le plus souvent d'un rang égal à celui de leurs maîtres [1]. Cette situation des bâtards à l'époque homérique, qui paraît si contraire aux idées romaines ou modernes, présente, au surplus, quelque analogie avec les institutions du moyen-âge où l'on ne considérait point comme une tache pour la mère ni pour l'enfant l'illégitimité de son origine, et où l'on voyait des fils de prince, nés hors mariage, accepter volontiers et prendre eux-mêmes le titre de bâtards [2].

Le traitement favorable des νόθοι a pu persister même à l'époque historique, au temps de Dracon notamment, alors qu'il y avait encore pour le concubinat un élément qui ne se rencontre plus depuis la promulgation des lois de Solon. L'ancienne coutume permettait, en effet, à un Athénien riche d'acheter à titre de παλλακή la fille d'un de ses concitoyens : la situation de cette pallaque, fille de citoyen, devait, comme nous l'avons précédemment observé [3], être assez relevée et les enfants de cette pallaque, devaient être autrement traités que les νόθοι des temps postérieurs. Cet élément du concubinat disparut quand Solon eut interdit la vente des enfants, et les bâtards ne durent le jour le plus souvent qu'à des unions passagères, dépourvues de toute considération, et que le législateur, jugeant dangereuses pour l'intérêt de la famille, chercha naturellement à prévenir en frappant les enfants qui en naîtraient.

On comprend donc très bien, *a priori*, que Solon, en même temps qu'il réglementait à nouveau la matière du mariage et précisait les conditions de la légitimité des en-

(1) V. *supra*, p. 104.

(2) Cf. sur la condition des enfants naturels à l'époque homérique : Schœmann-Galuski, t. I, p. 63 ; Ouvré, *loc. cit.*, p. 287 ; Hruza, II, p. 63 et s. ; Wallon, *De l'esclavage*, t. I, p. 74-75.

(3) V. *supra*, p. 104.

fants, ait complété l'ensemble de ses dispositions sur le droit de famille en mettant en dehors de celle-ci les enfants qui naîtraient d'une union irrégulière. C'est, en effet, à Solon qu'Aristophane attribue la loi qui a privé les νόθοι de l'anchistie. Dans la comédie des Oiseaux, Pistéthérus montre à Hercule qu'il n'a rien à attendre, en raison de sa bâtardise, sur la succession paternelle, et il lui dit : ἐρῶ δὲ δὴ καὶ τὸν Σολωνός σοι νόμον. νόθῳ δὲ μὴ εἶναι ἀγχιστείαν παίδων ὄντων γνησίων, ἐὰν δὲ παῖδες μὴ ὦσι γνήσιοι, τοῖς ἐγγυτάτω γένους μετεῖναι τῶν χρημάτων [1]. On pourrait croire toutefois, d'après un plaidoyer de Démosthène, que l'exclusion des νόθοι ne date que de l'archontat d'Euclide. L'orateur cite la loi concernant les bâtards dans les termes suivants : νόθῳ δὲ μηδὲ νόθῃ μὴ εἶναι ἀγχιστείαν μήτε ἱερῶν μήθ' ὁσίων, et il ajoute ces mots : ἀπ' Εὐκλείδου ἄρχοντος [2]. Il n'y a point cependant, croyons-nous, de raison sérieuse pour mettre en doute le témoignage d'Aristophane et pour refuser d'attribuer à Solon la loi sur l'exclusion des enfants naturels. Cette mesure se rattache très bien à l'ensemble de la législation solonienne sur le mariage, et Euclide dut se borner à la confirmer lors de la révision des lois qui ont été publiées sous son archontat. Peut-être à cette époque modifia-t-on la rédaction primitive en ajoutant aux mots μὴ εἶναι ἀγχιστείαν ces autres qu'on retrouve dans le texte de Démosthène et d'Isée, μήτε ἱερῶν μήθ' ὁσίων [3].

Il s'agit maintenant de préciser en quoi consiste cette exclusion ἱερῶν καὶ ὁσίων qui frappe l'enfant naturel. Certains auteurs ont prétendu que ces expressions correspondaient aux mots *sacra* et *publica* [4]. Mais cette interprétation est

(1) Aristophane, *Aves*, v. 1660 et s.

(2) *Adv. Macart.*, § 51. Isée, *De Philoct. her.*, § 47 s'exprime en des termes identiques.

(3) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 70 et s.; Bunsen, *De jure her.*, p. 16; Platner, *Beitræge*, p. 114 : Schelling, p. 95; Hermann-Blümner, p. 443, note 5; Müller-Busolt, IV, 1, p. 202, note 4.

(4) Petit, p. 214; Taylor, *ad. Eschin. Tim.*, § 48 et s.

manifestement inexacte. La loi de Solon et d'Euclide n'a point pour objet d'édicter une incapacité touchant au droit public, et à supposer que les bâtards soient privés du droit de cité, ce ne peut être, en tout cas, par application directe des termes en question, et encore moins en vertu du mot ὁσίων. Dans l'opinion générale, qui ne nous paraît plus d'ailleurs susceptible de contestation, l'exclusion qui frappe les νόθοι a pour objet, d'une part, la communauté du culte domestique, *communio sacrorum privatorum*, ἱερά, d'autre part, la succession aux biens paternels, ὅσια, succession qui n'est elle-même, au point de vue des anciens, qu'une conséquence de la participation au culte domestique. La loi n'édicte point, en effet, l'exclusion des ἱερά et des ὅσιά, d'une manière absolue, mais seulement par rapport à l'ἀγχιστεία, qui elle a trait manifestement au droit privé et ne concerne point le droit public [1]. Aussi les orateurs ne parlent-ils des ἱερὰ καὶ ὅσια qu'à propos de questions de parenté et de succession [2], et les textes précités de Démosthène et d'Isée, où se trouvent relatées les lois de Solon et d'Euclide, sont également empruntés à des procès de succession. L'enfant naturel est donc privé, en définitive, de ces mêmes avantages que l'adoption a pour effet de conférer au fils adoptif, et qui se résument dans la participation au culte et au patrimoine de la famille [3].

(1) Lorsque Démosthène parle des effets de la naturalisation, il s'exprime en des termes bien différents. *Adv. Aristocr.*, § 65 : ἡμεῖς Χαρίδημον ἐποιησάμεθα πολίτην, καὶ διὰ τῆς δωρεᾶς ταύτης μετεδώκαμεν αὐτῷ καὶ ἱερῶν καὶ ὁσίων καὶ νομίμων καὶ πάντων ὅσωνπερ αὐτοῖς μέτεστιν ἡμῖν.

(2) Isée, *De Astyph. her.*, § 18 : οὐ γάρ ἡγοῦμαι ἔγωγε οὐδένα, υἱὸν ἑαυτῷ ποιούμενον, τολμῆσαι ἀλλούς τινάς παρακαλέσαι ἢ τούτους, οὕσπερ καὶ ἱερῶν καὶ ὁσίων κοινωνοὺς ἀνθ' αὐτοῦ εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον ἔμελλε καταλιπεῖν. Démosthène, *Adv. Bœot.*, I, § 35 : τῶν πατρῴων ἔχεις τὸ μέρος μετὰ τὴν τοῦ πατρὸς τελευτήν, ἱερῶν, ὁσίων μετέχεις, ἀπάγει σ' οὐδεὶς ἀπὸ τούτων.

(3) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 70 et s.; Platner, *Beitræge*, p. 114; Gans, *Erbrecht*, I, p. 313; Schœmann, sur Isée, p. 344; Ciccotti, p. 65; B. W. Leist, p. 244; Caillemer, *in Annuaire*, 1878, p. 194. Que le mot ὅσια désigne seulement le patrimoine paternel, c'est ce qui résulte encore du texte précité d'Aristophane, où le poète emploie le mot χρήματα comme synonime d'ὅσια.

Une conséquence de l'exclusion de l'ἀγχιστεία τῶν ἱερῶν, c'est que les enfants naturels ne sont pas introduits dans la phratrie, association religieuse dont fait partie leur père. Cette introduction est présentée comme un des effets du mariage et un privilège des enfants légitimes [1], et l'accomplissement de cette formalité fait, comme nous l'avons vu, présumer l'illégimité de l'enfant [2]. Cette introduction est, au surplus, rendue impossible par la loi même des phratries, d'après laquelle la présentation ne peut avoir lieu que sous la condition du serment que l'enfant est né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς . C'est même, comme nous le verrons, la nécessité de ce serment qui, à notre avis, rend impossible la légitimation des enfants naturels par voie de présentation à la phratrie.

L'exclusion de l'ἀγχιστεία τῶν ὁσίων a trait directement, ainsi que nous l'avons dit, aux droits successoraux. On pourrait même se borner à dire que l'enfant naturel est privé de l'ἀγχιστεία, si l'on admet, avec certains auteurs, que ce mot désigne à lui seul l'aptitude légale à recueillir une hérédité [4]. Cette incapacité de succéder est évidemment celle qui présente le plus d'intérêt, surtout à l'époque où les idées religieuses ont commencé à perdre de leur force, et c'est à propos de succession qu'Aristophane cite, avec plus ou moins d'à propos d'ailleurs, la loi de Solon. Neptune vient de dire à Hercule : « Si Jupiter, ton père vient à mourir, c'est à toi que reviendront toutes les richesses qu'il laissera à son décès. » Mais Pisthétérus détrompe Hercule et lui dit : « Ton oncle se moque de toi. Des biens de ton père, les lois ne t'accordent pas même une obole, car tu es νόθος et non γνήσιος... Neptune lui-même (ton oncle), qui t'excite maintenant, serait le premier à te

(1) Démosthène, *In Neæram*, § 122, *supra*, p. 351.
(2) V. *supra*, p. 354.
(3) Cf. Platner, *Beitræge*, p. 113; Gilbert, 1re édit., I, p. 183.
(4) V. *supra*, p. 25.

disputer la fortune de ton père, en se prévalant de sa qualité de frère légitime. Je vais te faire connaître la loi de Solon [1]. »

Cette loi, ainsi du moins qu'Aristophane en rapporte le texte, n'indique point très nettement la portée de l'incapacité qu'elle édicte. Elle dispose d'abord que, s'il y a des enfants légitimes, les νόθοι sont privés de l'ἀγχιστεία, ce qui signifie que les frères légitimes excluent complètement les enfants naturels. Elle ajoute que, s'il n'y a pas d'enfants légitimes, τοῖς ἐγγυτάτω γένους μετεῖναι τῶν χρημάτων. On a prétendu qu'à défaut d'enfants légitimes la succession était dévolue aux enfants naturels, soit à l'exclusion des collatéraux, soit tout au moins en concours avec eux [2]. Cette interprétation peut se fonder, en effet, d'un côté sur les anciennes coutumes qui, comme nous l'avons vu, reconnaissaient aux enfants naturels certains droits de succession, d'un autre côté sur le texte même de la loi qui, en l'absence d'enfants γνήσιοι, appelle les plus proches parents, τοῖς ἐγγυτάτω γένους, ce qui comprend les enfants naturels aussi bien que les collatéraux [3]. Dans cette opinion, c'est seulement à partir d'Euclide que les enfants naturels auraient été privés de tout droit héréditaire.

Nous estimons, au contraire, que dès l'époque de Solon, l'enfant naturel est absolument exclu de la succession paternelle, et cela non seulement par ses frères légitimes, mais encore par les autres parents plus éloignés. Il ne faut point, en effet, attacher une importance trop considérable à la rédaction transmise par Aristophane dans une de ses comédies, où il n'était pas tenu à la précision d'un jurisconsulte, mais considérer uniquement le principe qu'il pose.

(1) *Aves*, v. 1642 et s.
(2) Meier, *De bonis*, p. 74 ; Hermann-Thalheim, p. 7.
(3) Thalheim, *loc. cit.*, cite en ce sens une inscription laconienne (I. G. A. 68, C[e] 10) qui, en l'absence de fils ou filles légitimes, autorise les νόθοι à toucher un dépôt par préférence aux collatéraux.

Or, ce principe c'est la privation pour l'enfant naturel de l'ἀγχιστεία, c'est-à-dire du droit d'être compris parmi les anchisteis, ou les collatéraux jusqu'aux ἀνεψιῶν παῖδες, collatéraux appelés en première ligne à recueillir la succession. La privation de l'ἀγχιστεία comporte donc, en fait, la perte de l'aptitude à recueillir une succession. Le poète ne fait ensuite que tirer la conséquence de ce principe en disant qu'à défaut d'enfants légitimes, les biens sont recueillis par les parents les plus proches, c'est-à-dire par les parents collatéraux de préférence à l'enfant naturel. L'opinion que nous critiquons serait, en outre, inconciliable avec l'interprétation qu'Aristophane lui-même donne de la loi de Solon, lorsqu'il suppose que Neptune, frère légitime de Jupiter, se prévaudrait de l'incapacité des bâtards pour ne pas laisser une obole à Hercule considéré comme νόθος [1]. En tous cas, à l'époque des orateurs, les enfants naturels n'ont absolument rien à espérer de la succession *ab intestat*, dévolue exclusivement aux collatéraux jouissant de l'anchistie [2].

Les enfants naturels sont exclus non seulement par leurs frères légitimes ou par les autres collatéraux d'un degré ultérieur, mais encore par leurs sœurs légitimes. Celles-ci recueillent alors, à défaut de fils légitimes, la succession paternelle à titre d'épiclères et par préférence aux νόθοι [3].

(1) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 74; Schelling, p. 96, note 6 ; Zimmermann, p. 8; Caillemer, *Droit de Succession*, p. 26.

(2) Cf. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 53, où l'orateur dit qu'on doit ajouter foi au témoignage des membres de sa famille lorsqu'ils viennent attester sa légitimité, car s'il était un νόθος, ils l'excluraient de la succession. Le discours *Pro Phormione*, § 32 est encore plus significatif. L'orateur, supposant que l'union de Phormion et d'Archippé n'ait pas été légitime, dit : εἰ γὰρ αὐτὴν εἶχε λαβὼν ἀδίκως ὅδε μηδενὸς δόντος, οὐκ ἦσαν οἱ παῖδες κληρονόμοι, τοῖς δὲ μὴ κληρονόμοις οὐκ ἦν μετουσία τῶν ὄντων.

(3) Suidas, v° ἐπίκληρος : νόμος ἦν Ἀθηναίοις γνησίας μὲν οὔσης θυγατρός, νόθου δὲ υἱοῦ, μὴ κληρονομεῖν τὸν νόθον τὰ πατρῷα, ἢ ἡ μὴ ἔχουσα ἀδελφοὺς ἑτέρους συγκληρονόμους, ἀλλὰ μονοκληρονόμος οὖσα. ἐπειδὴ δὲ οὐκ ἐξῆν τοῖς νόθοις κληρονομεῖν, τἀργύριον διὰ χειρὸς ἐδίδοσαν. νόμος δὲ ἦν Ἀττικὸς τοῖς νόθοις μέχρι

Les enfants naturels, exclus de la succesion *ab intestat*, ne peuvent non plus être institués héritiers par leur père. La loi permet seulement de leur laisser, sur les biens paternels, une somme assez insignifiante et plutôt à titre d'aliments qu'à titre de legs. Cette somme, nommée νοθεῖα, est fixée au maximum de 1.000 drachmes selon Harpocration [1], et après lui, selon Suidas [2] d'après des discours aujourd'hui perdus de Lysias et d'Isée. Le scholiaste d'Aristophane [3] et Suidas [4], dans un autre passage, la fixent, au contraire, au maximum de 500 drachmes. Comme nous ne possédons aucun texte des orateurs relatif à ce sujet, il est difficile de se prononcer dans un sens ou dans l'autre. On peut seulement dire qu'*a priori* les affirmations des lexicographes empruntées aux passages des orateurs dont ils citent les noms, paraissent plus dignes de foi que celle du scholiaste [5].

Au surplus, la défense de rien laisser aux enfants naturels au-delà de la somme fixée à titre de νοθεῖα paraît avoir été éludée à Athènes, comme elle l'est fréquemment aujourd'hui, au moyen de dons manuels [6].

D'autre part, la prohibition de rien laisser aux enfants naturels au-delà de la νοθεῖα était édictée moins en haine de ces enfants que dans l'intérêt de la famille légitime. Aussi, rien ne s'oppose à ce que les parents du défunt, soit spontanément, soit conformément aux indications qu'il a pu donner dans son testament, fassent à son enfant naturel des avantages supérieurs à ceux que comporte la νοθεῖα. C'est

πέντε μνῶν καταλιμπάνειν. Cf. Zimmermann, p. 8 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 26, note 2. V. *supra*, p. 418.

(1) Harpocration, v° νοθεῖα : τὰ τοῖς νόθοις ἐκ τῶν πατρῴων διδόμενα οὕτω καλεῖται, ἦν δὲ μέχρι χιλίων δραχμῶν.

(2) Suidas, v° νοθεῖα. Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 282, 18.

(3) *Aves*, v. 1656.

(4) V° ἐπίκληρος.

(5) Cf. en ce sens, Van den Es, p. 74.

(6) Suidas, v° *ἐπίκληρος*, *supra*, p. 498, note 3. Scholiaste Aristoph., *loc. cit.* : τὸ ἀργύριον δὲ τοῖς νόθοις διὰ χειρὸς ἐδίδοσαν, ἐπειδὴ οὐκ ἐξῆν αὐτοῖς κληρονομεῖν. Cf. Boissonade, p. 51 ; Hermann-Thalheim, p. 118, note 2.

ainsi que, dans son testament, Aristote charge son fils adoptif, Nicanor, de traiter son fils naturel Nicomaque ἀξίως καὶ αὐτοῦ (Nicanor) καὶ ἡμῶν [1], comme si Nicanor était le père et le frère légitime de Nicomaque. Or, il est certain que Nicanor a dû se conformer aux volontés exprimées par le philosophe et dépenser pour son frère plus que les 500 et même les 1.000 drachmes de la νοθεία.

Il ne paraît pas, d'ailleurs, que le droit attique ait prohibé les avantages faits indirectement à l'enfant naturel par des personnes que nous qualifierions aujourd'hui d'interposées, comme la mère de cet enfant [2]. Ainsi, dans ce même testament, en considérant toujours, ainsi que nous croyons devoir le faire [3], Nicomaque comme le fils naturel d'Aristote, on voit le testateur faire un legs assez important à Herpyllis [4], sa concubine, mère de Nicomaque, et il est probable qu'Aristote n'aurait point inséré une pareille disposition dans son testament si elle avait été contraire aux prescriptions d'une loi que le testateur aurait dû certainement connaître.

L'exclusion de l'ἀγχιστεία ἱερῶν καὶ ὁσίων n'a point pour résultat, sauf les effets que nous venons de signaler, de faire considérer l'enfant naturel comme absolument étranger à la famille et il est, à notre avis, certaines relations qui subsistent entre lui et son père malgré l'absence de cette ἀγχιστεία. La filiation légitime produit, comme nous l'avons indiqué, abstraction faite de la participation au culte et des droits de succession, un certain nombre d'effets dans les rapports de l'enfant avec ses auteurs. Ces effets sont-ils étrangers à la filiation naturelle?

En ce qui concerne d'abord l'obligation alimentaire réci-

(1) Diogène Laërce, V, 12.

(2) Cf. Cod. civ., art. 911.

(3) V. *infra*, t. II, p. 62, note.

(4) Ce legs, qui s'ajoute à une donation entre-vifs antérieure, comprend un talent d'argent, quatre esclaves et une maison d'habitation que les exécuteurs testamentaires doivent garnir de meubles dans la mesure qui leur paraîtra convenable et qui sera jugée suffisante par Herpyllis.

proque qui existe entre ascendants et descendants, elle nous paraît être attachée à la filiation naturelle aussi bien qu'à la filiation légitime, car c'est une obligation qui est fondée beaucoup moins sur le droit positif que sur le droit naturel. Aussi avons-nous vu que l'obligation alimentaire qui pèse sur les ascendants n'est même pas consacrée par le législateur. Nous admettrons, en conséquence, que les parents naturels doivent des aliments à leurs enfants. Cela ne paraît pas douteux pour la mère, vis-à-vis de qui la filiation est certaine [1]. Quant au père, il doit également être tenu de l'obligation alimentaire, si l'on admet que l'enfant peut établir judiciairement sa filiation vis-à-vis de lui [2]. Quant à l'enfant naturel, il semble que réciproquement il doive fournir, le cas échéant, des aliments à ses parents, tout au moins à sa mère [3]. C'est, en effet, d'une manière absolue que la loi citée par Isée [4] impose aux enfants l'obligation de nourrir leurs parents : κελεύει γὰρ τρέφειν τοὺς γονέας. Il est vrai que la liste des parents ensuite énumérés par Isée laisse supposer entre eux et les enfants un lien de filiation légitime. Mais, pourrait-on dire, ce n'est pas une raison suffisante pour faire entre les parents légitimes et les parents naturels une distinction qui serait contraire aux termes généraux de la loi. On ne pourrait non plus objecter que les enfants naturels n'ont rien ou presque rien à espérer dans la succession de leurs parents, car précisément la loi citée par Isée dispose que les enfants sont tenus même si leurs parents ne leur laissent rien, ἀνάγκη τρέφειν αὐτούς ἐστι κἂν μηδὲν καταλίπωσι. — Cette argumen-

(1) C'est également la solution de la loi romaine relativement aux *liberi non justi*. Cf. l. 5, § 4, D. *De agn. et al. lib.*, XXV, 3.

(2) Jusqu'à l'époque d'Euclide probablement (v. Müller-Busolt, t. IV, p. 203), les enfants naturels s'exerçaient dans un gymnase spécial, nommé le Cynosarge. Ce gymnase était fermé à l'époque de Démosthène. *C. Aristocr.*, § 213 : καθάπερ ποτὲ ἐνθάδε εἰς Κυνόσαργες οἱ νόθοι (συνετέλουν).

(3) C'est ce qu'admet encore la loi romaine précitée.

(4) *De Cir. her.*, § 32, v. *supra*, p. 363, note 1.

tation, si séduisante qu'elle soit, ne peut cependant être admise vis-à-vis du père naturel, tout au moins pour les enfants naturels nés ἐξ ἑταίρας. Une loi de Solon, en effet, rapportée par Plutarque [1], dispense les enfants de nourrir leur père lorsqu'ils sont nés d'une hétaïre, et nous en avons précédemment indiqué le motif. Quoi qu'il en soit, il est certain que s'il existe des enfants légitimes, c'est à eux que les parents doivent d'abord s'adresser pour obtenir des aliments, en raison du droit exclusif qu'ils auront un jour sur le patrimoine familial, à supposer qu'il en subsiste encore une partie au décès des parents.

Si, comme nous venons de l'admettre, les père et mère naturels sont tenus de fournir des aliments à leurs enfants, leur obligation ne va pas plus loin et ne comporte point notamment « un établissement par mariage ou autrement », suivant les termes de la loi moderne . Ainsi, le père naturel n'est nullement tenu de constituer une dot à sa fille. Nous avons admis d'ailleurs que la constitution de dot est purement facultative de la part du père légitime [3], donc, à plus forte raison, doit-elle avoir ce caractère, vis-à-vis du père naturel. Quand, à la mort du père, l'héritage a été recueilli par les fils légitimes à l'exclusion de leurs sœurs naturelles, on pourrait croire que l'obligation qui, dans l'opinion générale, incombe aux frères de doter leurs sœurs, existe vis-à-vis des sœurs naturelles aussi bien que vis-à-vis des sœurs légitimes. On voit, en effet, dans le plaidoyer d'Isée pour la succession de Pyrrhus [4], qu'Endius, fils adoptif de celui-ci, marie une fille naturelle [5] nommée

(1) *Solon*, 12, *supra*, p. 364, note 4.
(2) C. civ. art. 204.
(3) V. *supra*, p. 265.
(4) § 49. V. *supra*, p. 269.
(5) Pour nous, Philé est bien une fille naturelle de Pyrrhus. Buermann (*Drei Studien*, p. 638) a bien essayé d'établir que Philé était non point une νόθη, mais une fille légitime de Pyrrhus, issue d'un concubinat légitime; mais son argumentation n'est nullement décisive. V. *supra*, p. 90 et s.

Philé, que Pyrrhus avait eue, et lui constitue en dot une somme de 1.000 drachmes, environ le dix-huitième des biens qu'il avait recueillis dans la succession de son père adoptif. Mais cet exemple n'est nullement décisif. D'abord on ne sait pas si Philé était bien en réalité une fille naturelle de Pyrrhus; nous n'avons à ce sujet que le témoignage de l'orateur, et il est naturellement assez suspect. En supposant, du reste, que Philé ait été une fille naturelle de Pyrrhus, ce qui est assez vraisemblable, tout ce qu'on peut en conclure c'est qu'Endius a doté sa sœur par pure générosité. L'usage pouvait recommander ces sortes de libéralités, mais on ne voit nulle part que la loi lui en ait fait une obligation [1].

La fille naturelle, qui ne peut ainsi prétendre à une dot ni vis-à-vis de ses frères, ni à plus forte raison vis-à-vis de son père, ne peut non plus en exiger une des plus proches parents paternels dans le cas où ceux-ci pourraient être appelés à la succession de son père à défaut de frères légitimes et où la fille serait sans ressources. Ce droit est réservé à l'épiclère θῆσσα, c'est-à-dire à la fille légitime qui pourrait, le cas échéant, recueillir l'héritage paternel. Or, la fille naturelle, exclue de l'ἀγχιστεία, ne peut par cela même être ni ἐπίκληρος, puisqu'elle est exclue de la succession, ni ἐπίδικος, puisqu'elle n'a point d'anchisteis [2].

Outre l'obligation alimentaire, la filiation légitime fait naître à la charge des enfants une obligation de *reverentia* qui pèse même sur eux plus rigoureusement que la première. Donc, du moment que nous avons admis l'existence de l'obligation d'aliments à la charge des enfants naturels, nous dirons qu'ils sont également tenus à l'*obsequium* envers leurs parents, avec toutes les conséquences qu'il comporte, eu égard à leur situation spéciale [3]. On peut de plus argu-

(1) Platner, *Beitræge*, p. 117; Barilleau, *Constit. de dot.*, p. 156. — Cf. Caillemer, *Succession*, p. 20.

(2) Platner, *loc. cit.*, p. 117.

(3) Lysias, *C. Agoratum*, § 91; Pausanias, II, 25, 2. V. *supra*, p. 367 et s.

menter en ce sens, comme pour l'obligation alimentaire, de la généralité des termes dans lesquels l'*obsequium* est imposé aux enfants, sans distinction, vis-à-vis de leurs parents [1].

L'enfant naturel, quoique tenu à la *reverentia* envers son père, n'est point cependant soumis à la puissance paternelle. Cette puissance, en effet, a pour principe et pour condition la communauté de culte domestique. Donc le fils né d'une union irrégulière et qui est exclu de l'ἀγχιστεία ἱερῶν ne peut être placé sous l'autorité de son père. Il n'y a rien qui puisse conférer à celui-ci l'autorité et commander au fils l'obéissance, et la paternité ne peut, par elle seule, donner le droit de puissance au père [2].

La filiation légitime crée, dans l'opinion générale, un obstacle au mariage entre ascendants et descendants, et entre frères et sœurs ὁμομήτριοι. Les motifs qui justifient la prohibition du mariage entre parents étant indépendants de l'ἀγχιστεία, on doit en conclure que cette prohibition s'applique non seulement entre personnes dont la parenté découle du mariage, mais encore entre celles dont la parenté n'est fondée que sur les liens du sang et provient d'une union irrégulière. Aussi les Romains, faisant également abstraction de l'agnation sur ce point, prohibaient-ils le mariage entre personnes dont la parenté dérivait *ex concubinatu* ou *ex matrimonio non justo*, de même qu'entre parents dont l'un était *vulgo conceptus* [3]. Nous n'avons, il est vrai, aucun renseignement précis pour le droit attique, mais la solution que nous proposons nous paraît conforme à l'esprit de la législation.

Si l'institution de la puissance paternelle est étrangère aux enfants naturels, il faut en conclure que ceux-ci se trouvent en tutelle. Lors donc qu'il s'agit d'un fils naturel,

(1) En droit romain, les *liberi non justi* doivent également la *reverentia* à leur mère. L. 4, § 3, *De in jus voc.*, II, 4.

(2) Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 8.

(3) L. 14, § 2, l. 54, D. *De rit. nupt.*, XXIII, 2. Cf. Accarias, I, n° 87.

celui-ci doit, jusqu'à l'âge de la majorité, être pourvu d'un ἐπίτροπος. Comme il est impossible d'admettre que la mère naturelle [1] puisse, en raison de l'incapacité générale des femmes dans le droit attique, exercer la tutelle de son enfant et que, d'autre part, en l'absence d'ἀγχιστεία, il ne saurait être ici question d'appeler un *tutor legitimus*, il y a lieu de supposer que le soin de nommer un tuteur au fils naturel appartient à l'archonte éponyme, conformément à l'obligation générale qui lui incombe de veiller sur les veuves et les orphelins. S'il s'agit d'une fille naturelle qui, d'après le droit attique, doit être pourvue d'un kyrios même après sa majorité, comme il est impossible de lui donner un tuteur de ce genre suivant le droit de l'anchistie, c'est encore à l'archonte éponyme que, comme nous l'établirons [2], appartient la désignation du kyrios.

Parmi les effets de la filiation légitime, un des plus importants est celui qui communique au fils la qualité de citoyen qui appartient à son père. Jusqu'aux décrets de Périclès et d'Antiphon, cet effet se produit quelle que soit la nationalité de la mère, car, ainsi que nous l'avons admis, les mariages mixtes étaient valables et produisaient alors, tant au point de vue du droit public qu'au point de vue du droit privé, tous les effets d'un mariage contracté entre deux citoyens. Depuis les décrets précités, l'extranéité de la mère, sans rendre impossible la conclusion d'un mariage valable, a cependant pour résultat de priver du droit de cité les enfants qui naissent d'un mariage mixte. Donc, à plus forte raison, en supposant l'existence d'un simple concubinat, si la mère est étrangère, les νόθοι nés de cette union ne peuvent prétendre à la jouissance du droit de cité. La question

(1) Il ne saurait être question d'une tutelle testamentaire déférée par le père naturel, car cette tutelle est, comme nous le verrons, une émanation de la puissance paternelle, puissance qui n'appartient pas au père naturel.

(2) V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. III, sect. II, Tutelle des femmes.

de savoir si les enfants nés hors mariage sont ou non citoyens, ne peut donc se poser que s'ils sont nés d'un Athénien et d'une Athénienne [1]. Elle est, du reste, assez délicate et fortement controversée. Dans une opinion, les enfants naturels, n'ayant point l'ἀγχιστεία, ne peuvent par cela même, posséder la πολιτεία, c'est-à-dire le droit de cité [2]. Dans une autre opinion, les enfants naturels, tout en restant en dehors de l'ἀγχιστεία, n'en sont pas moins admis *ipso jure* au nombre des citoyens [3]. C'est ce dernier système qui nous paraît le plus exact, bien que nous ne reconnaissions pas une grande valeur à certains des arguments sur lesquels on le fonde généralement.

Quelle que soit la défaveur dont les enfants naturels se trouvent frappés dans le droit attique, il ne faut cependant point pousser la sévérité au-delà des limites posées par la loi elle-même, car on dépasserait le but et on risquerait d'admettre une solution contraire aux intérêts politiques même de la cité. Or, partant de ce point de vue et consultant les textes relatifs aux enfants naturels, nous voyons que ce qui leur est retiré par la loi, c'est l'ἀγχιστεία ἱερῶν καὶ ὁσίων, c'est-à-dire, comme nous l'avons établi, la participation au culte

(1) L'enfant né d'une citoyenne et d'un étranger ne peut être compris parmi les νόθοι : c'est un ξένος et non point un νόθος. Cela résulte notamment, a notre avis, de la définition que Pollux (III, 21) donne du νόθος : ὁ ἐκ ξένης ἢ παλλακίδος ὑπ' ἐνίων δὲ καλεῖται μητρόξενος. Donc l'enfant ne ἐξ ἀστῆς n'est point νόθος et, s'il a pour père un étranger, il est lui-même ξένος. Cf. Platner, *Beitræge*, p. 235 ; Philippi, *Beitræge*, p. 62 et s., 97 et s. ; Schenkl, *in Wiener Studien*, 1883, p. 17, n. 22 ; Hermann-Thumser, p. 443, note 3. V. toutefois : Gilbert, (1re édit.), p. 179, Buermann, p. 633 ; Zimmermann, p. 5 ; Schubert, *De proxenia attica*, p. 50, n. 1 ; Bruyn de Neve-Moll, *De peregrin. ap. Athen. condit.*, p. 17.

(2) Cf. en ce sens : Platner, *Beitræge*, p. 116 ; Philippi, *Beitræge*, p. 79 et s.; Buermann, *Drei Studien*, p. 619 et s.; Gilbert, (1re éd. I), p. 183 ; Zimmermann, p. 5 et s. ; Müller-Busolt, t. IV, p. 17 ; Westermann, *in Verh. der Leips. Gesellsch.*, 1849, p. 200.

(3) Cf. en ce sens : Van den Es, p. 70 ; Cauvet, p. 461 ; Meier et Schœmann, 1re édition, p. XIX, et Lipsius, 2e édition, p. 438, 439 et 533 ; Schœmann-Galuski, I, p. 409 ; Hermann-Thumser, p. 444 ; Caillemer, *in Annuaire*, 1878, p. 184 et s.; Ciccotti, p. 66.

domestique et à l'hérédité. Mais aucun texte n'enlève à l'enfant naturel les droits politiques, notamment le droit de cité; donc il reste en possession de ces droits, à moins, ce que nous aurons à rechercher, qu'il n'y ait un lien indissoluble entre l'ἀγχιστεία et le droit de cité.

Aussi la seule condition exigée par le décret de Périclès, tel que Plutarque en rapporte les termes, pour la jouissance du droit de cité, est-elle que l'on soit né de deux Athéniens : μόνους 'Αθηναίους εἶναι τοὺς ἐκ δυοῖν 'Αθηναίων γεγονότας [1]. Du moment donc que cette condition est remplie, le droit de cité existe, alors même que les deux parents ne seraient pas mariés, car il serait tout à fait arbitraire d'ajouter au texte une condition qu'il n'exige pas. On a, il est vrai, prétendu écarter la valeur de cet argument en se fondant sur d'autres textes de Suidas et d'Elien qui, pour rapporter le décret de Périclès, se servent d'une formule légèrement différente et sous forme négative, en disant : « Celui qui n'est pas né de deux parents Athéniens n'est pas citoyen » [2]. Il en résulte, dit-on, que la véritable rédaction du décret était purement prohibitive et, par suite, on ne peut tirer de cette rédaction aucune conclusion relativement à la situation des νόθοι *ex cive*, dont il n'est nullement fait mention. Cette objection aurait, sans doute, quelque valeur si nous ne possédions que les témoignages de Suidas et d'Elien. Mais elle est, à notre avis, victorieusement réfutée par la comparaison du texte de Plutarque avec l''Αθηναίων πολιτεία d'Aristote où cet

(1) Plutarque, *Périclès*, 37.

(2) Suidas, v° δημοποίητος : Περικλῆς γὰρ ὁ Ξανθίππου νόμον γράψας, τὸν μὴ ἐξ ἀμφοῖν ἀστοῖν πολίτην μὴ εἶναι. Elien, *Var. hist.*, VI, 10 : Περικλῆς, στρατηγῶν 'Αθηναίοις νόμον ἔγραψε, ἐὰν μὴ τύχῃ τις ἐξ ἀμφοῖν ὑπάρχων ἀστοῖν, τούτῳ μὴ μετεῖναι τῆς πολιτείας. *Ibid.* XIII, 24 : καὶ Περικλῆς ἔγραψε, μὴ εἶναι 'Αθηναῖον, ὃς μὴ ἀμφοῖν γέγονεν ἀστοῖν. Buermann, qui soulève cette objection (p. 637, 638) aurait pu également se prévaloir, s'il avait été découvert à l'époque où il écrivait, du traité d'Aristote sur la *Constitution des Athéniens*, où il est dit également, sous forme négative, au c. 26, à propos du décret de Périclès : μὴ μετέχειν τῆς πόλεως ὃς ἂν μὴ ἐξ ἀμφοῖν ἀστοῖν ᾖ γεγονώς.

auteur, exposant avec une précision remarquable, au chapitre 42, quelle est à son époque la κατάστασις τῆς πολιτείας, s'exprime ainsi : μετέχουσιν μὲν τῆς πολιτείας οἱ ἐξ ἀμφοτέρων γεγονότες ἀστῶν. Pour Aristote, comme pour Plutarque, il suffit donc d'être né de deux citoyens. Si cette condition n'avait pas été suffisante et s'il avait fallu en outre le mariage des parents, Aristote, qui n'oublie rien, n'aurait pas manqué d'employer une autre formule, celle qui, par exemple, est citée si souvent par les orateurs, ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς [1]. Buermann avoue que, si la rédaction de Plutarque était vraiment celle du texte original de la loi, l'exactitude de l'opinion que nous soutenons serait par là-même démontrée. Or le traité d'Aristote prouve manifestement, à notre avis, l'authenticité du texte de Plutarque. Nous pourrions ainsi nous en tenir là et ne pas pousser plus loin la démonstration. Nous devons cependant signaler les autres arguments les plus importants que l'on a fait valoir dans les deux sens.

Pour soutenir que l'enfant naturel jouit du droit de cité, on a tiré un argument du discours d'Isée sur la succession de Pyrrhus. On y voit, dit-on, que Philé, fille naturelle de ce dernier, a été mariée par son frère adoptif Endius à un citoyen d'Athènes. Or, il n'est dit nulle part que ce mariage ait donné ouverture aux accusations que la loi autorisait contre les unions contractées par des Athéniens avec des étrangères ; c'est donc que Philé était citoyenne. On ne peut supposer, en effet, qu'Endius se serait exposé aux peines rigoureuses, allant jusqu'à la servitude, que le législateur avait édictées [2]. Mais cet argument ne nous paraît nullement décisif. Si cependant nous l'écartons, ce n'est point pour une

(1) Cette interprétation se trouve encore confirmée par un passage de la *Politique* (III, 1, p. 1275, *b*) du même auteur où Aristote, citant la définition donnée ordinairement du citoyen, s'exprime ainsi : ὁρίζονται δὲ πρὸς τὴν χρῆσιν πολίτην τὸν ἐξ ἀμφοτέρων πολιτῶν καὶ μὴ θατέρου μόνον, οἷον πατρὸς ἢ μητρὸς κτλ.

(2) Van den Es, p. 72 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 190.

des raisons données par les partisans de l'opinion adverse. Ainsi d'abord, suivant Philippi [1], la loi pénale en question était inapplicable au mariage de Philé avec un Athénien, parce que Philé était une νόθη et non pas une ξένη, et que cette loi ne punissait que les mariages entre Athéniens et étrangères. Mais, ainsi qu'on l'a observé très justement [2], si Philé n'est pas une étrangère, elle doit être une citoyenne, ou réciproquement, et on ne voit pas à quelle catégorie intermédiaire on pourrait la rattacher pour soustraire son mariage à l'application de la loi pénale en question. D'autre part, Buermann [3], pour écarter l'argument tiré du plaidoyer d'Isée, répond que Philé n'était pas une fille naturelle, une νόθη, mais bien une fille légitime de Pyrrhus. Nous avons déjà eu l'occasion, en étudiant le concubinat légitime [4], de signaler la théorie de Buermann qui veut voir dans la mère de Philé, non point l'épouse de Pyrrhus, mais sa concubine légitime et dont, par suite, la fille devait être légitime. Nous avons montré qu'au contraire, l'union de Pyrrhus avec la sœur de Nicodème, si elle a existé, ne pouvait être qu'un mariage véritable et non un simple concubinat et que, dès lors, Philé, n'étant point née d'un mariage de Pyrrhus, ne pouvait être qu'une fille naturelle. Nous ne croyons point cependant pouvoir nous servir, afin d'établir notre opinion sur le droit de cité des enfants naturels, de l'argument tiré jusqu'ici du plaidoyer d'Isée. Cet argument repose, en effet, sur une fausse interprétation des lois concernant les unions contractées par des Athéniens avec des étrangères. Nous avons établi que ces unions ne sont nullement prohibées par la loi [5] et que la pénalité édictée contre le citoyen athénien qui donne en mariage à un autre citoyen une étrangère, ne

(1) *Loc. cit.*, p. 135.
(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 190.
(3) *Loc. cit.*, p. 678.
(4) V. *supra*, p. 95.
(5) *Supra*, p. 189 et s.

frappe que celui qui s'attribue faussement la qualité de kyrios de celle-ci, c'est-à-dire en la présentant comme citoyenne bien qu'elle ne jouisse pas en réalité du droit de cité. Donc, à notre avis du moins, on peut très bien supposer qu'Endius a procédé au mariage de sa sœur bien que celle-ci n'ait pas été citoyenne : du moment qu'il la mariait en la présentant sous sa véritable qualité, il était à l'abri des rigueurs de la loi, et on n'est nullement amené à conclure du plaidoyer d'Isée que Philé devait être citoyenne.

On fonde aussi généralement notre opinion sur un argument tiré des discours de Démosthène contre Bœotos. Nous avons précédemment exposé les faits sur lesquels roulent ces plaidoyers [1] et nous avons vu comment, à la suite de la fraude commise par Plangon, Mantias fut obligé d'introduire les enfants de celle-ci dans sa phratrie. Caillemer [2], considérant Plangon comme une simple concubine de Mantias, dit qu'avant l'espèce de légitimation résultant de cette introduction dans la phratrie, les enfants de Plangon, Bœotos et Pamphilos étaient déjà citoyens, car ils appartenaient, comme leur mère, à l'un des dèmes de la tribu Hippothoontide et figuraient, avec les autres jeunes citoyens, dans les chœurs de cette tribu [3]. Si d'ailleurs, ajoute l'auteur précité, ils eussent été jusque-là étrangers, la volonté des simples particuliers eût été impuissante à faire d'eux des citoyens; il eût fallu un décret de l'Assemblée pour leur conférer le droit de cité [4]. Cet argument ne nous paraît nullement probant, car il repose sur une appréciation inexacte des rapports de Mantias avec Plangon. Caillemer, adoptant une opinion qui est partagée par des auteurs très estimables [5],

(1) V. *supra*, p. 44 et s.

(2) *Loc. cit.*, p. 191, 193.

(3) Démosthène, *Adv. Bœot.*, I, §§ 23, 28.

(4) Cf. dans le même sens, Meier, Schœmann et Lipsius, p. 533, note 143.

(5) Philippi (*loc. cit.*, p. 86 et s.), qui considère également Plangon comme une simple concubine, écarte l'argument tiré de la situation première des fils de

part de cette idée que la fille de Polyaratos seule a été l'épouse légitime de Mantias et que Plangon n'a été pour lui qu'une concubine ordinaire. Mais cette supposition, quoique reposant sur des raisons très plausibles, n'est point fondée, et nous avons précédemment démontré qu'il existait entre Plangon et Mantias un mariage véritable, sans que pour cela le père de Mantithée ait été bigame. Si donc Plangon a été l'épouse légitime de Mantias, il est tout naturel que Bœotos et Pamphilos aient été, même avant leur introduction dans la phratrie de Mantias, considérés comme citoyens, et on ne peut nullement conclure de leur situation antérieure que le droit de cité appartînt aux enfants naturels.

Caillemer interprète également en faveur de notre opinion un autre passage du second plaidoyer contre Bœotos, et dans lequel Mantithée dit aux juges : « Voyez ce qu'il y aurait d'étrange à ce que cet homme (Bœotos) vînt se plaindre et dire : « Mon père a commis envers moi de mauvaises actions », quand c'est précisément à ces mauvaises actions de son père qu'il doit d'être devenu votre concitoyen [1]. » Mantias était déjà marié avec la fille de Polyaratos quand il entretenait des relations adultérines avec Plangon. La conduite de Mantias était répréhensible aux yeux de la loi morale [2], mais, comme le dit Mantithée, il ne convenait point à Bœotos, *à ce citoyen né de la faute*, d'adresser des reproches à Mantias. Donc, conclut Caillemer, Bœotos et Pamphilos étaient citoyens. Cette argumentation repose encore sur la supposition que

Plangon, en disant qu'il n'y a pas eu légitimation à la suite de la fraude commise par celle-ci, attendu que la légitimation est un acte volontaire de la part du père, tandis que Mantias avait été contraint d'admettre les deux enfants dans sa phratrie. Bœotos et Pamphilos, dit-il, ayant réussi par fraude à se faire passer pour les enfants légitimes de Mantias, on ne doit nullement s'étonner qu'une fois leur légitimité reconnue, ils soient entrés dans le dème de leur père et qu'ils aient été traités comme citoyens.

(1) *Adv. Bœot.*, II, § 48 : διὰ τὰ ἐκείνου ἁμαρτήματα ὑμέτερος πολίτης γεγενημένος.

(2) *Ibid.*, § : μὴ ὀρθῶς διεπράξατο.

Plangon n'était que la concubine de Mantias ; nous ne croyons donc pas pouvoir nous en servir pour étayer notre théorie. Nous observerons en outre qu'il ne faut pas attacher une trop grande importance au langage de Mantithée, intéressé évidemment à présenter sous un jour défavorable les relations de Mantias avec Plangon qui, quelle qu'ait été leur nature, ont eu pour résultat de le dépouiller d'une partie du patrimoine paternel.

Il est toutefois un passage du second plaidoyer contre Bœotos auquel, avec Caillemer, nous reconnaissons une grande valeur pour la solution de notre question. C'est celui dans lequel Mantithée dit que, quand bien même la convention faite avec Plangon aurait été observée, celle-ci refusant en conséquence le serment déféré par Mantias, il n'en paraît résulter, au point de vue du droit de cité, aucun préjudice pour Mantias. Par suite du refus de Plangon d'avouer la paternité de Mantias, « ces hommes, dit Mantithée, sans perdre la qualité de citoyens, auraient cessé d'être un embarras pour mon père » [1]. Le serment de Plangon était bien, en effet, comme nous l'avons établi, et comme cela résulte formellement du témoignage d'Aristote [2], un serment de paternité, c'est-à-dire que si Plangon avait, suivant les conventions, juré que Mantias n'était point le père de Bœotos et de Pamphilos, ceux-ci auraient été des νόθοι, mais, suivant l'assertion de Mantithée, qu'il n'y a du reste aucune raison de suspecter, ils n'en seraient pas moins demeurés citoyens. Philippi [3] a essayé d'écarter cet argument en disant que Bœotos et Pamphilos ne perdraient pas le droit de cité parce que, suivant les termes de la convention intervenue entre Mantias et Plangon, et auxquels font allusion les mots μὴ τούτους ἀποστερήσεσθαι τῆς πόλεως, Plangon doit introduire

(1) Adv. Bœot., II, § 10 : τούτων γὰρ γενομένων οὔτε τούτους ἀποστερήσεσθαι τῆς πολιτείας.
(2) V. *supra*, p. 52.
(3) P. 87 et s.

ses fils par voie d'adoption dans la famille de ses frères. Donc, dit-il, il importe peu que Bœotos et Pamphilos soient citoyens comme fils légitimes de Mantias ou comme fils adoptifs des frères de Plangon. Mais cette explication repose, à notre avis, sur une simple hypothèse, et il est bien plus naturel d'interpréter le passage en question en disant que l'illégitimité des fils de Plangon ne serait nullement un obstacle à leur qualité de citoyens.

Une autre objection plus sérieuse, à notre avis, pourrait être tirée contre notre manière de voir de certains passages du premier plaidoyer contre Bœotos où Mantithée paraît dire que c'est seulement grâce à la reconnaissance faite par Mantias que les fils de Plangon ont été admis au rang de citoyens [1]. On pourrait également alléguer que, d'après Mantithée, Bœotos se trouve exposé à une γραφὴ ξενίας si l'on parvient à démontrer la fraude dont Mantias a été la victime [2]. Mais il est facile d'écarter ces objections si l'on songe qu'à l'époque où se déroulait le procès (vers 390 av. J.-C.), le droit de cité n'était accordé qu'à ceux qui étaient nés de deux citoyens. Si donc la paternité de Mantias était écartée, la question aurait pu se poser de savoir si Bœotos et Pamphilos étaient nés d'un père citoyen, et, en cas de solution négative, les enfants de Plangon se trouvaient eux-mêmes déchus des droits de cité et exposés à la γραφὴ ξενίας [3].

Une autre preuve de l'exactitude de notre théorie peut être empruntée à la comédie de Térence intitulée le *Phormion* et dont nous avons eu précédemment l'occasion de signaler l'intérêt au point de vue de certaines questions touchant au mariage. On y voit que Chrémès, citoyen athé-

(1) *Adv. Bœot.*, I, § 2 : ἐδικάζεθ' υἱὸς εἶναι φάσκων ἐκ τῆς Παμφίλου θυγατρὸς καὶ δεινὰ πάσχειν καὶ τῆς πατρίδος ἀποστερεῖσθαι. § 34 : ἀγάπα δ' ὅτι σοι πόλις, οὐσία, πατὴρ γέγονεν.

(2) *Adv. Bœot.*, I, § 18 ; II, § 41.

(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 533, note 143 ; Hruza, II, p. 40, note 39.

nien, légitimement marié dans son pays à une riche héritière nommée Nausistrata, a néanmoins entretenu des relations à Lemnos avec une autre femme et que de cette union adultérine est née une fille. Or, personne ne songe à contester à celle-ci la qualité de citoyenne d'Athènes : *ait illam civem esse atticam* [1]. C'est donc que l'illégitimité d'un enfant n'est nullement un obstacle à ce qu'il jouisse du droit de cité [2]. On pourrait, il est vrai, chercher à écarter cet argument, soit en disant que Chrémès était légalement bigame et que, par conséquent, sa fille était légitime [3], soit en alléguant, à côté du mariage, l'existence d'un concubinat légitime, qui aurait également conféré la légitimité et, par suite, la cité à la fille de Chrémès [4]. Mais, ainsi que nous l'avons précédemment établi [5], la femme que Chrémès entretenait à Lemnos n'était ni une seconde épouse légitime, ni même une concubine légitime : c'était une maîtresse ordinaire et, dès lors, l'enfant née de ces relations était une νόθη, ce qui ne l'empêchait point, au témoignage de Térence, d'être *civis attica*.

Ceux qui refusent le droit de cité à l'enfant naturel argumentent de ce que, dans le langage usuel, on ne faisait aucune différence entre les enfants nés d'une mère étrangère et ceux nés d'une Athénienne non mariée ; les uns et les autres, dit-on, sont appelés νόθοι, ainsi qu'en témoigne la définition précitée de Pollux [6]. Si l'enfant naturel avait joui du droit de cité, les enfants nés d'une étrangère auraient été seuls appelés ξένοι et la qualification de νόθοι aurait été réservée aux enfants de la concubine. Or, les textes sont loin de faire cette distinction et le même individu est appelé

(1) *Phormio*, v. 114.
(2) Caillemer, *loc cit.*, p. 196 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 533, note 143.
(3) Hruza, II, p. 50.
(4) Buermann, p. 582 et s.
(5) V. *supra*, p. 70 et s.
(6) III, 21, *supra*, p. 490.

indifféremment νόθος ou ξένος [1], suivant que l'orateur se réfère principalement à l'absence d'ἀγχιστεία ou au défaut de πολιτεία. On conclut en disant que la similitude de nom implique similitude de condition et que, par suite, les enfants de l'une et l'autre catégorie doivent être privés du droit de cité [2].

Cette argumentation ne repose, à notre avis, que sur une confusion. Nous avons vu, en effet, qu'à partir du moment où le législateur, se montrant plus rigoureux, enleva le droit de cité à ceux qui n'étaient pas nés ἐξ' ἀμφοῖν ἀστῶν, il y eut, dans la cité, deux catégories de νόθοι, d'une part les enfants naturels proprement dits, d'autre part, les enfants nés d'un Athénien et d'une étrangère. Mais, de ce que ces derniers sont privés du droit de cité, on ne peut logiquement conclure que la même déchéance frappe les premiers. Quant au passage de Pollux d'où résulte, dit-on, l'assimilation de l'enfant naturel à un étranger, νόθος δὲ ὁ ἐξ ξένης ἢ παλλακίδος, il n'est nullement décisif. Il ne faut point, en effet, le séparer de ce qui suit et où Pollux dit : ὑπ'ἐνίων δὲ καλεῖται μητρόξενος. Si l'enfant en question peut être appelé μητρόξενος c'est-à-dire né d'une mère étrangère, c'est que le νόθος visé par Pollux est celui qui est né soit d'une mère étrangère mariée à un Athénien, soit d'une pallaque également étrangère et simple concubine d'un citoyen. La phrase de Pollux, prise à la lettre, ne concerne donc point l'enfant naturel dont nous nous occupons, c'est-à-dire celui qui est né d'un père athénien et d'une mère athénienne. Quant au passage de Démosthène où l'orateur rapproche le νόθος du ξένος, nous observerons qu'il s'agit d'une question de droit privé, de succession, et on ne peut rien en conclure de certain relativement à la question de savoir si l'on doit ou non con-

(1) Démosthène, *C. Eubulid.*, § 53 : ἐξῆν δὲ δήπου τούτοις, εἰ νόθος ἢ ξένος ἦν ἐγώ, κληρονόμοις εἶναι τῶν ἐμῶν πάντων.

(2) Philippi, *Beitræge*, p. 95 et s.

sidérer comme citoyens ceux qui sont nés de deux personnes jouissant du droit de cité [1].

Afin de soutenir que l'enfant naturel n'est pas citoyen d'Athènes, on a fait valoir un argument qui, au premier abord, paraît très sérieux. Pour jouir du droit de cité, a-t-on dit, il faut appartenir à un dème et être inscrit sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον. L'introduction dans un dème ne peut avoir lieu que de deux manières. S'il s'agit d'une personne née dans l'Attique, elle est admise sur la présentation d'un extrait du registre de la phratrie; s'il s'agit d'une personne naturalisée, sur la présentation du décret du peuple qui lui a conféré la nationalité athénienne. Les enfants naturels ne peuvent évidemment employer ce dernier mode. Quant au premier, il leur est également interdit, puisque, de l'avis général, ils sont exclus de la phratrie. Ils ne peuvent donc entrer dans un dème et, par suite, ne sont pas citoyens. Voici alors quelles considérations l'on invoque pour établir que l'inscription sur le registre du dème présuppose une inscription sur le registre de la phratrie. Le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, dit-on, a comme l'indique son nom même, dérivé du mot λῆξις, une importance capitale en matière de succession et bien souvent on voit, dans les discours des orateurs, que le droit de revendiquer une succession est subordonné à l'inscription sur ce registre [2]. L'institution de

(1) Cf. Platner, *Beitræge*, p. 115.— Caillemer (*loc. cit.*, p. 188), observe en ce qui concerne le point qui nous occupe : « Si les mots νόθος et ξένος sont quelquefois synonymes, dans d'autres cas, ils sont très nettement opposés l'un à l'autre. Dans les textes mêmes que nous venons de citer (Aristophane, *Aves*. v. 1648 et 1650; Aristote, *Polit.*, III, 3, § 5) et dans tous ceux qu'on pourrait invoquer, le mot νόθος n'est jamais employé pour désigner les étrangers fils de père étranger et d'une mère athénienne. Pour ces deux catégories de personnes, on se sert exclusivement du mot ξένος. Le mot νόθος, en lui donnant une grande extension, n'aurait donc pas été complètement synonime d'étranger, puisqu'il ne convenait, en dehors des enfants nés hors mariage de deux Athéniens, qu'aux enfants nés d'un père athénien et d'une mère étrangère. »

(2) Cf. Isée, *De Apollod. her.*, §§ 15 et 27; Démosthène, *Adv. Leochar.*, §§ 31 et s.

ce registre n'ayant pas trait seulement à la jouissance des droits politiques, mais aussi et principalement, suivant l'étymologie même du mot qui le désigne, au droit de famille et au droit de succession, il est naturel d'en conclure que ceux-là seulement peuvent y être inscrits qui sont en possession de l'ἀγχιστεία et qui, par conséquent, appartiennent à une phratrie. Donc les νόθοι, qui sont en dehors de l'ἀγχιστεία et qui n'ont aucuns droits héréditaires, sauf la νοθεῖα, ne peuvent être inscrits sur le registre du dème. Philippi [1], qui présente cet argument, le fortifie par les inductions qu'il tire de deux plaidoyers de Démosthène et d'Isée. Ainsi d'abord Euxithée [2], lorsqu'il veut prouver qu'il possède le droit de cité, ne se contente pas d'établir que son père et sa mère sont citoyens ; il juge nécessaire de prouver également qu'il a été introduit dans la phratrie, d'où il suit que cette introduction préalable est nécessaire pour l'inscription ultérieure sur le registre du dème. La même conclusion, dit-on, se dégage du plaidoyer d'Isée pour Euphiletos, où l'on voit l'orateur, pour prouver qu'Euphiletos jouit des droits de cité, argumenter de l'introduction de celui-ci dans la phratrie. Philippi se prévaut enfin dans le même sens de la situation particulière des femmes. Comment, dit-il, celles-ci, qui ne sont point introduites dans le dème, pourraient-elles prouver leur droit de cité, ou plutôt leur connubium, puisque ce droit seul est pris en considération au point de vue politique, si ce n'est par une inscription sur le registre de la phratrie ? Donc, une fille naturelle, une νόθη qui n'est point inscrite sur ce registre, ne peut prouver sa qualité de citoyenne et elle ne possède pas le droit de cité [3].

Cette argumentation se complète par des considérations tirées de l'histoire du droit de cité à Athènes. Originairement, a-t-on dit, la cité n'était, en fait comme en droit, qu'une réu-

(1) *Beitraege*, p. 105-106 et 130-132.

(2) Démosthène, *C. Eubulid.*, §§ 40, 45.

(3) Cf. Zimmermann, p. 30.

nion de familles confédérées dans un but commun de défense et de protection. Donc, ne faisaient partie de la cité que ceux qui appartenaient à une famille, et la source de la famille étant uniquement le mariage ou l'adoption, les enfants naturels, qui étaient en dehors de la famille, étaient par là même exclus de la cité. Plus tard, à partir de Solon, la gentilité cessa d'être une condition du droit de cité, mais le rattachement à la phratrie, association religieuse comprenant tous les citoyens, remplaça l'ancien lien de la gentilité et devint la condition de la jouissance des droits politiques. Solon, qui a restauré l'organisation de la famille, n'a pas dû donner aux bâtards, dans la cité, une place qu'ils n'avaient point auparavant. Les réformes de Clisthène n'ont point modifié l'ancien état de choses en ce qui concerne les enfants naturels, car il n'entrait nullement dans le plan de ce législateur d'abroger la condition mise à la jouissance du droit de cité et consistant dans la légitimité de la filiation. Aussi voit-on par les plaidoyers précités de Démosthène et d'Isée que, même postérieurement à Clisthène, on est obligé, pour faire une preuve complète de sa qualité de citoyen, de prouver la légitimité de la filiation [1].

Cette argumentation, malgré sa force apparente, ne nous paraît nullement décisive [2]. Il n'y a, à notre avis, aucune relation nécessaire entre l'introduction dans le dème et

(1) Cf. Gilbert, I (1re édition), p. 183; Buermann, p. 635 et s.

(2) Caillemer (*loc. cit.*, p. 198), l'a écartée, un peu trop sommairement, suivant nous, en se bornant à renvoyer à ce que Démosthène rapporte des fils de Plangon. « Ces enfants, dit-il, avant le jour où ils intentaient contre Mantias une action en réclamation d'état ou en recherche de paternité, appartenaient à un dème de la tribu de leur mère, la tribu Hippothoontide et, quand leur action eut réussi, ils sortirent de cette tribu pour entrer dans le dème et dans la tribu de leur père Mantias, le dème de Thoricos et la tribu Acamantide. Il ne faut donc pas dire que l'enfant né hors mariage était en dehors des dèmes ; il appartenait à la tribu et au dème de sa mère. Il était seulement en dehors des phratries. » Cette réfutation ne nous paraît pas convaincante. Elle part, en effet, de cette idée que Plangon était la concubine de Mantias, tandis qu'à notre avis, elle était, au contraire, sa femme légitime. V. *supra*, p. 49 et s.

l'inscription préalable sur le registre de la phratrie. Le système que nous critiquons donne d'abord une importance exagérée à la formalité de l'introduction dans la phratrie. Cette formalité, ainsi que nous l'avons précédemment établi [1], n'est nullement une condition de l'exercice des droits, fondés sur la parenté ; elle ne crée point juridiquement l'anchistie ; elle se borne à la constater et à en faciliter la preuve, le cas échéant. L'anchistie peut donc exister et être établie indépendamment de l'inscription sur le registre de la phratrie et, en admettant que l'inscription sur le registre du dème présuppose l'anchistie, la jouissance des droits de succession dans la famille, elle n'est donc point subordonnée, comme on le prétend, à la présentation d'un extrait du registre de la phratrie. La théorie adverse méconnaît, d'autre part, le caractère de l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον. Cette inscription ne se rattache, en aucune façon, à la jouissance des droits de succession, à l'anchistie et, comme nous le verrons en étudiant les règles relatives à la majorité [2], elle a simplement pour effet de constater que le mineur, devenu majeur, acquiert tous les droits civils en même temps que tous les droits politiques. L'inscription sur le registre du dème n'est, d'ailleurs, pas plus un élément nécessaire du droit de cité que l'inscription sur le registre de la phratrie n'est elle-même une condition de la légitimité de la filiation. Toutes les questions d'état peuvent, dans le droit attique, être résolues par la preuve testimoniale, preuve qui, naturellement, s'administre avant tout par le témoignage des phratores ou des démotes. Les inductions que l'on a voulu tirer des plaidoyers de Démosthène et d'Isée pour déterminer les conditions de l'inscription sur le registre du dème ne sont nullement péremptoires. Ainsi, par exemple, Euxithée fournit à ses juges un argument assez fort lors-

(1) V. *supra*, p. 343 et s.

(2) V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. II, sect. III, Extinction de la puissance paternelle.

qu'il établit son introduction dans la phratrie, attendu que l'inscription sur le registre de la phratrie rend très vraisemblable l'inscription ultérieure sur le registre du dème. Comme tous les Athéniens avaient la coutume d'introduire dans la phratrie leurs enfants légitimes, il en résulte que si Euxithée était en réalité citoyen et né de deux parents Athéniens, il devait presque nécessairement être inscrit sur le registre de la phratrie. On ne peut toutefois en conclure que les νόθοι, à supposer qu'ils eussent joui du droit de cité, aient été également obligés de prouver leur introduction dans la phratrie. Ce que nous venons de dire du cas d'Euxithée peut également s'appliquer au cas d'Euphiletos. Quant aux femmes, il n'est pas exact de dire qu'elles n'aient eu, en dehors de l'inscription sur le registre de la phratrie, aucun moyen pour prouver leur droit de cité. Elles avaient, en effet, dans tous les cas, la ressource de la preuve testimoniale. Notre solution n'est point non plus inconciliable avec la notion du droit de cité dans le droit attique. Sans doute, dans les premiers temps et peut-être même encore à l'époque de Solon, la cité n'était guère considérée que comme une agrégation de familles, réunies elles-mêmes en un certain nombre de phratries. Il est possible qu'à cette époque l'exclusion du culte domestique, rejetant les bâtards en dehors de la famille, les ait écartés par là même de la phratrie et de la cité. Mais les bases de la constitution ont été complètement modifiées par Clisthène. A l'ancienne organisation fondée sur les associations religieuses de la *gens* et de la phratrie, il en substitua une nouvelle, dont la base était purement territoriale, et dont les divisions, dèmes et tribus, étaient entièrement distinctes des phratries. Le dème, qui est comme l'unité de la vie municipale et politique, a ses magistratures et ses sacerdoces spéciaux, ses fêtes et ses assemblées, ses affaires à gérer et sa compétence propre. Dans toutes les questions qui lui ressortissent, le dème est absolument indépendant et on ne voit pas comment sa décision pourrait être subor-

donnée à celle d'une association, la phratrie, dont le caractère est bien différent du sien. Ainsi que nous l'avons déjà observé [1], les phratries que Clisthène a laissé subsister n'ont plus eu, à partir de cette époque, qu'un caractère purement religieux et les attributions qu'elles pouvaient avoir, tant au point de vue civil qu'au point de vue politique, n'avaient plus de raison d'être. De même que l'inscription sur le registre de la phratrie n'est nullement, à notre avis, une condition de la légitimité d'un enfant né dans le mariage, cette inscription n'est pas non plus requise pour la jouissance des droits politiques, c'est-à-dire pour l'inscription sur le registre du dème. Aussi Aristote [2], dans ce même passage déjà cité où il reconnaît le droit de cité, sans restriction, à ceux ἐξ ἀμφοτέρων γεγονότες ἀστῶν, lorsqu'il s'occupe ensuite de l'inscription sur le registre du dème, dit-il simplement : ἐγγράφονται δ' εἰς τοὺς δημότας ὀκτωκαίδεκα ἔτη γεγονότες. ὅταν δ'ἐγγράφονται, διαψηφίζονται περὶ αὐτῶν ὀμόσαντες οἱ δημόται, πρῶτον μὲν εἰ δοκοῦσι γεγονέναι τὴν ἡλικίαν τὴν ἐκ τοῦ νόμου.... δεύτερον δ' εἰ ἐλευθερός ἐστι καὶ γέγονε κατὰ τοὺς νόμους. il n'est nullement question d'une inscription préalable sur le registre de la phratrie et, lors de la διαψήφισις à laquelle ils sont tenus de procéder, les démotes n'ont à se préoccuper que de l'existence des trois conditions indiquées par Aristote, à savoir 1° l'âge requis ; 2° la liberté et 3° la naissance κατὰ τοὺς νόμους, c'est-à-dire, manifestement la naissance conforme à la règle dont l'historien vient de parler quelques lignes auparavant et qui n'accorde la πολιτεία qu'à ceux ἐξ ἀμφοτέρων γεγονότες ἀστῶν, règle nouvelle découlant des décrets de Périclès et d'Aristophon. Nulle part, en effet, Aristote ne fait autrement allusion à la nécessité du mariage des parents et, s'il avait voulu exiger cette condition, il n'aurait pas employé la formule γεγονότες κατὰ τοὺς

(1) *Supra*, p. 352.
(2) *Constit. des Athén.*, c. 42.

νόμους, mais bien l'ancienne formule consacrée γεγονότες ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς ou γαμετῆς [1].

Pour établir que l'enfant naturel devait être exclu du dème aussi bien que de la phratrie on a encore présenté un autre argument. Si, a-t-on dit, les νόθοι *ex cive* avaient été citoyens sans cependant appartenir à une phratrie, leurs enfants et descendants n'auraient pu eux-mêmes être introduits dans la phratrie, de sorte qu'au bout d'un certain temps il y aurait eu un grand nombre de personnes qui, quoique jouissant du droit de cité, n'auraient rien eu de commun avec les phratries [2]. Il est, à notre avis, assez facile de répondre à cet argument. L'introduction dans la phratrie d'un enfant légitime né du mariage d'un νόθος avec une citoyenne ne pouvait rencontrer d'obstacle. En effet, la condition exigée pour cette introduction, à savoir que l'enfant fût né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς se trouvait remplie, l'enfant étant né en légitime mariage d'un citoyen, le νόθος, et d'une citoyenne. L'enfant pouvait donc être reçu dans une phratrie au moyen d'une adoption par un des parents de sa mère, par exemple, ou même par un étranger. Peut-être même n'était-il pas nécessaire de recourir à ce procédé et les enfants légitimes du νόθος pouvaient-ils être admis directement dans une phratrie sur le serment de celui qui les présentait qu'ils étaient nés ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς [3].

La solution que nous admettons, et qui accorde le droit de cité aux enfants naturels, est enfin plus conforme à la fois aux vraisemblances et à l'intérêt politique bien entendu de la république. En effet, d'abord, comme le remarque très bien Caillemer [4] : « Est-il permis de dire, à moins d'apporter des preuves décisives, que les Athéniens, si fiers du sang qui coulait dans leurs veines, avaient frappé d'une

(1) Cf. Ciccotti, p. 66.
(2) Buermann, p. 36.
(3) Zimmermann, p. 31. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 198.
(4) *Ibid.*, p. 199.

sorte de mort civile les enfants naturels dont les deux parents jouissaient du droit de cité? Est-il croyable que le défaut d'ἐγγύησις des parents, c'est-à-dire l'omission d'une formalité à laquelle les pouvoirs publics demeuraient étrangers, ait pu influer sur la condition d'un enfant de sang Athénien à tel point que la loi ne fît plus de différence entre lui et un étranger? ». Il y aurait, de plus, une contradiction manifeste entre ce refus du droit de cité à des enfants naturels, qui cependant ont pour parents deux citoyens, et la reconnaissance de ce même droit aux enfants nés des mariages mixtes, du moins jusqu'au décret de Périclès, car chez les premiers mieux encore que chez les derniers on doit présumer un plus grand attachement pour la cité. Sans doute, à partir de Périclès, les enfants nés des mariages mixtes, considérés alors comme formant une classe spéciale de νόθοι, ont été exclus de la cité, mais il n'y avait aucune raison pour retirer aux enfants naturels les droits politiques dont ils jouissaient antérieurement. C'eût même été une mesure impolitique, car la république devait se préoccuper de ne pas trop réduire le nombre assez restreint de ses citoyens. C'est ainsi que, comme le dit Aristote [1], certains Etats se trouvent obligés, pour remédier à l'insuffisance de leur population, d'admettre parmi les citoyens des individus qui ne sont pas nés de père et mère citoyens. Peu à peu, et ce fut le cas d'Athènes sous Périclès, on revient à la règle plus rigoureuse qui ne reconnaît plus le droit de cité qu'à ceux nés ἐξ ἀμφοῖν ἀστῶν. Mais on ne pouvait aller plus loin sans inconvénient pour la cité et exiger que le père et la mère fussent non seulement citoyens, mais encore unis en légitime mariage [2].

Les partisans de l'opinion adverse, reconnaissant la gravité de ces considérations, y ont répondu en disant que la

(1) *Supra*, p. 490, note 3.
(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 553, note 143.

pratique savait éluder les rigueurs de la loi et avait trouvé une combinaison ingénieuse pour procurer en fait à l'enfant naturel tous les droit de citoyen. La mère de cet enfant pouvait, comme le montre un des plaidoyers de Démosthène [1], déterminer l'un de ses parents à l'adopter, et ce parent introduisait l'enfant dans sa phratrie en jurant que la mère était citoyenne et légitimement mariée. Pour assurer alors l'état de l'enfant contre toute contestation ultérieure, il serait intervenu un accord entre les divers parents de la femme, l'un endossant la paternité de l'enfant, l'autre affirmant avoir présidé comme kyrios à l'engyésis, d'autres enfin venant confirmer par leur témoignage l'accomplissement de l'engyésis [2]. Toute cette procédure nous paraît une pure fantaisie juridique. A supposer que les parents de la femme s'y soient prêtés avec l'ensemble dont on parle, il est difficile de croire que les phratores aient pu si facilement en être les dupes. En admettant du reste que l'enfant ait pu, grâce à une fraude de ce genre, être admis dans une phratrie, il n'y aurait eu qu'une situation bien précaire, exposé qu'il était aux conséquences de ces διαψηφίσεις dont il y a de nombreux exemples. Nous ferons enfin remarquer tout ce qu'il y a d'étrange et de contradictoire dans une théorie qui, après avoir affirmé l'existence d'une loi prohibitive dont elle ne rapporte pas le texte et qu'elle déclare difficile à justifier, se trouve obligée de reconnaître qu'en fait les Athéniens la violaient habituellement, et que même pour cela ils recouraient au parjure sans aucun scrupule [3]. Il est bien plus simple et plus rationnel de reconnaître le droit de cité aux enfants naturels nés ἐξ ἀμφοτέρων ἀστῶν.

L'enfant naturel se trouve, ainsi que nous venons de l'établir, dans une situation qui comporte à la fois un certain nombre de droits et qui entraîne aussi contre lui toute

(1) *Adv. Bœot.*, II, § 10.
(2) Buermann, p. 636, 637; Gilbert, 1re édition, I, p. 183.
(3) Cf. Caillemer, p. 199.

une série d'incapacités. La question peut dès lors se poser de savoir si la recherche de la filiation naturelle est possible, soit de la part de l'enfant, lorsqu'il veut se prévaloir des droits assez restreints que la loi lui reconnaît, soit de la part des tiers, lorsqu'ils prétendent appliquer au νόθος les incapacités édictées contre lui. Vis-à-vis de la mère, la question ne paraît pas douteuse, car l'accouchement est un fait certain et dont la preuve est facile. Il peut y avoir plus de doute en ce qui concerne le père, en raison de l'incertitude de la paternité. Aussi les législations modernes prohibent-elles, en général, la recherche de la paternité naturelle. Il ne paraît pas cependant que les raisons de moralité publique qui ont fait édicter aujourd'hui cette prohibition aient été prises en grande considération dans le droit attique. Aristote pose, au contraire, comme un principe général, applicable en conséquence à la filiation naturelle aussi bien qu'à la filiation légitime, que περὶ τῶν τέκνων αἱ γυναῖκες πανταχοῦ διορίζουσι [1], et il fait précisément application de cette règle aux fils de Mantias et de Plangon qui, dans une opinion que nous ne partageons pas, mais qui a de nombreux partisans, sont issus d'une union irrégulière et non d'un mariage. Nous admettrons donc que la question de paternité naturelle peut, comme celle de paternité légitime, être décidée par la déclaration de la mère sur l'action en réclamation d'état formée par l'enfant. Celui-ci pourra, dès lors, intenter une action de ce genre contre son père naturel pour lui demander des aliments. A l'inverse, la paternité naturelle pourra être établie contre l'enfant à l'effet de faire réduire aux limites fixées par la loi les libéralités que son père aurait pu lui faire.

La condition de l'enfant naturel est-elle indélébile? Le droit romain, suivi sur ce point par toutes les législations modernes, admet la légitimation des enfants naturels et per-

(1) *Rhétor.*, II, c. 23 § 15. V. *supra*, p. 47.

met à leurs parents de leur donner ainsi les droits qui appartiennent aux enfants nés *ex justis nuptiis*. On s'est demandé si le droit attique n'autorise point également au profit du νόθος une sorte de légitimation dont l'effet principal serait de lui donner l'ἀγχιστεία et de lui permettre de succéder comme les enfants légitimes. L'affirmative est enseignée par d'éminents auteurs [1]. Suivant eux, la légitimation résulte de la présentation de l'enfant par le père naturel à la phratrie et du vote d'admission rendu par les intéressés, parents et autres phratores. Ces auteurs ne sont point toutefois d'accord sur le point de savoir quels sont les νόθοι qui peuvent profiter de cette légitimation. Dans une opinion [2], tous les enfants naturels indistinctement, qu'ils soient issus d'une citoyenne ou d'une étrangère, peuvent acquérir par la légitimation les droits des enfants nés dans le mariage. Mais l'admission de ceux nés *ex peregrina* doit être soumise à la sanction du peuple, tandis qu'il suffit pour les premiers du consentement de la famille. Dans un autre système [3], la légitimation n'est permise qu'en faveur des νόθοι *ex cive attica*. Elle nécessite de plus le consentement de la famille qui peut ne l'accorder qu'à la condition que l'enfant légitimé recueillera seulement une part déterminée à l'avance de la fortune paternelle, ἐπὶ ῥητοῖς [4].

On fonde la théorie de la légitimation sur certains passages des orateurs athéniens ainsi que sur un chapitre de Plu-

(1) Gans, I, p. 318 ; de Pastoret, t. VI, p. 412 ; Meier et Schœmann, 1re édition, p. XIX, XX ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 529, 532 ; Van den Es, p. 77 ; Schœmann-Galuski, I, p. 410 ; Schœmann, sur Isée, p. 336 ; Hermann-Thalheim, p. 8 ; Zimmermann, p. 9 ; Gide, p. 83 ; Schæfer, *Demosthenes u. seine Zeit*, t. III, *Beil.*, II, p. 21. Cf. G. A. Leist, p. 14 ; Boissonade, p. 48.

(2) Schœmann-Galuski, *loc. cit.*

(3) Meier et Schœmann, *loc. cit.* ; Meier, Schœman et Lipsius, p. 532 ; Schœmann, sur Isée, *loc. cit.* Van den Es, semble ne faire aucune distinction.

(4) Suivant Hermann-Thalheim, *loc. cit.*, la légitimation ne confère même jamais de droits de succession et ne peut avoir lieu que ἐπὶ ῥητοῖς.

tarque. On invoque d'abord le plaidoyer d'Andocide [1] où est cité le cas de Callias, que nous avons précédemment exposé en étudiant la question de polygamie. Callias, dit-on, après avoir épousé la fille d'Ischomaque, a pris pour concubine la mère de celle-ci, Chrysias, et l'enfant né de ses relations avec Chrysias, désavoué d'abord par Callias lors de sa présentation à la phratrie par les parents de la mère, fut plus tard reconnu par son père et légitimé par voie d'introduction dans la phratrie [2]. Il est impossible, à notre avis, de voir un cas de légitimation dans les faits relatés par Andocide. Chrysias, en effet, ainsi que nous l'avons précédemment observé, a été, sinon au début, du moins après le divorce de la fille d'Ischomaque, non point la simple concubine mais la femme légitime de Callias [3]. Aussi est-ce en qualité d'enfant légitime, γνήσιος [4], que l'enfant de Chrysias a été présenté à la phratrie lors du vote définitif d'admission. Il y a donc là non point légitimation d'enfant naturel, mais seulement déclaration de paternité légitime.

On a voulu voir un autre cas de légitimation [5] dans les plaidoyers de Démosthène contre Bœotos. Nous avons également indiqué à propos de la question de la polygamie les faits qui ont donné lieu à ces plaidoyers [6]. Nous avons dit à ce sujet que si, au premier abord, on peut croire que Plangon n'était qu'une simple concubine de Mantias, un examen plus attentif des faits établit cependant, d'une manière à peu près indiscutable, qu'elle a été son épouse légitime, non point que Mantias ait été bigame, ainsi

(1) *De mysteriis*, §§ 124 et s.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 529.

(3) V. *supra*, p. 64.

(4) Le serment de Callias, lors de la présentation à la phratrie était ainsi conçu, § 127 : ὤμοσεν ἦ μὴν τὸν παῖδα εἶναι ἑαυτοῦ γνήσιον ἐκ Χρυσιάδος γεγονότα. Cf Hruza, II, p.46.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 530. Le cas de Mantias est même, d'après ces auteurs, plus convaincant que celui de Callias. Cf. G. A. Leist, p. 14.

(6) V. *supra*, p. 44 et s.

qu'on le prétend dans une opinion, mais parce que son mariage avec Plangon a précédé ou suivi son union avec la fille de Polyaratos. Si donc Plangon a bien été l'épouse légitime de Mantias, et si l'on admet que son mariage a précédé celui de la fille de Polyaratos, il ne peut évidemment être question de légitimation en ce qui concerne les fils de Plangon, Bœotos et Pamphilos, et ceux-ci ont dû être reçus dans la phratrie en qualité de fils légitimes, γνήσιοι, de Plangon. Il ne peut non plus s'agir de légitimation, même dans le cas où le mariage de Plangon aurait été contracté en second lieu, si l'on admet, conformément aux allégations de Mantithée, que Bœotos était son cadet. Si l'on tient, au contraire, Bœotos pour l'aîné de Mantithée, ainsi que le laisse supposer la perte par ce dernier de son procès sur la question de nom, on pourrait voir dans la reconnaissance faite par Mantias des enfants de Plangon à la suite du serment prêté par celle-ci, une sorte de légitimation par voie d'adoption et cette interprétation pourrait, ainsi que nous l'avons remarqué, se justifier par les expressions employées dans les deux plaidoyers pour désigner cette reconnaissance [1]. Les plaidoyers contre Bœotos nous semblent néanmoins insuffisants à établir l'existence de la légitimation dans le droit attique, car la conclusion que nous venons d'indiquer ne repose, en définitive, que sur une série de déductions, vraisemblahles peut-être, mais en tous cas très sérieusement contestables.

Le seul plaidoyer qui, à notre avis, puisse fournir un argument d'un certain poids en faveur de la théorie de la légitimation, est le discours d'Isée sur la succession de

(1) Suivant Platner (*Beitræge*, p. 122), le mot ποιεῖσθαι employé par l'orateur ne devait s'entendre ni de l'adoption, ni de la légitimation, mais seulement de l'introduction dans la phratrie. Mais cette interprétation n'est pas exacte, car précisément dans un passage du premier plaidoyer contre Bœotos (§ 4) l'orateur emploie l'une à côté de l'autre les deux expressions εἰσήγαγεν, ἐποιήσατο, la première s'appliquant manifestement à l'introduction de la phratrie. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 531, note 140.

Philoctémon. Les faits à l'occasion desquels ce plaidoyer a été prononcé nous sont connus d'après ce que nous en avons dit à propos de la question de la polygamie [1]. Nous avons vu qu'on ne saurait en induire la bigamie d'Euctémon. Il s'agit, à présent, de savoir si l'on y trouve un cas de légitimation. L'enfant né d'Alcé, concubine d'Euctémon, et dont le père était probablement l'affranchi Dion, a fini, comme nous l'avons vu, par être introduit dans la phratrie d'Euctémon, malgré la résistance de Philoctémon, mais sous la condition que cet enfant prendrait seulement un fonds de terre dans l'hérédité d'Euctémon. La question qui se pose est celle de savoir en quelle qualité l'enfant d'Alcé a été présenté à la phratrie. Au dire d'Isée, l'enfant présenté par Euctémon ne serait point seulement un *nothus ex peregrina* (Alcé étant une affranchie), mais de plus un *nothus ex peregrino*, puisqu'il aurait pour père un autre affranchi. Mais il est manifestement impossible d'admettre que l'enfant ait pu être présenté en la qualité que lui attribue l'orateur; la loi s'y opposait formellement. On a donc dû user d'un détour, d'une fraude pour faire voter l'admission par les phratores. Schœmann [2], partant de cette idée que l'introduction de l'enfant comme *nothus ex peregrina* est absolument impossible [3], suppose qu'Euctémon a dissimulé aux phratores l'extranéité de la mère, et que ceux-ci, devant le silence de Philoctémon, ont admis l'enfant comme *nothus ex cive attica* [4]. A l'objection que cette interprétation entraînerait un parjure, à savoir la violation du serment requis pour l'introduction d'un enfant dans la phratrie qu'il est né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς, on répond que ce serment

(1) V. *supra*, p. 59 et s.

(2) Sur Isée, p. 366, note 26.

(3) Dans ses *Antiquités grecques* (I, p. 410, trad. Galuski) Schœmann est d'un autre avis. V. *infra*, p. 532.

(4) V. en ce sens, Van den Es, p. 77; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 532, note 141 ; Zimmermann, p. 9.

n'est pas violé, du moment que l'enfant est introduit seulement ἐπὶ ῥητοῖς et que, par suite, la succession ne se partage pas également entre l'enfant légitime et le νόθος légitimé [1].

Cette interprétation nous paraît inadmissible [2] non seulement par des considérations de fait, mais encore par des raisons de droit. En ce qui concerne d'abord celles-ci, la théorie de la légitimation méconnaît ouvertement, à notre avis, la loi fondamentale et certaine de l'introduction dans la phratrie, telle qu'elle est rapportée dans le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Apollodore [3], et suivant laquelle celui qui présente à la phratrie un enfant né de son sang ou adopté, doit jurer solennellement que cet enfant est né d'une citoyenne et que sa naissance a été régulière. Cette obligation du serment est, ainsi qu'Isée l'affirme à deux reprises différentes, rigoureusement exigée et l'entrée dans la phratrie est sévèrement interdite à tout enfant qui n'est point né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς. Or, un νόθος ne peut naître que soit d'une étrangère, soit d'une citoyenne non unie en légitime mariage avec le père de l'enfant. Donc l'enfant naturel est forcément exclu de la phratrie, puisque celui qui l'y présente se trouve dans l'impossibilité de prêter le serment prescrit par la loi. On objecte, il est vrai, que cette loi du serment n'est pas violée quand l'enfant naturel n'est introduit dans la phratrie que ἐπὶ ῥητοῖς, et qu'il n'a point des droits de succession égaux à ceux d'un enfant légitime. Mais cette objection est sans valeur. Si, en effet, la loi interdit par des raisons d'ordre public l'introduction dans la phratrie d'un enfant né hors mariage, on ne voit pas comment,

(1) Zimmermann, *loc. cit.*

(2) Philippi (*Beitræge*, p. 91) la tient pour possible, bien que penchant pour l'interprétation contraire. Nous l'estimons impossible.

(3) § 16 : ἔστι δ' αὐτοῖς νόμος ὁ αὐτος, ἐὰν τέ τινα φύσει γεγονότα εἰσάγῃ τις ἐάν τέ ποιητόν, ἐπιτιθέναι πίστιν κατὰ τῶν ἱερῶν ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς εἰσάγειν καὶ γεγονότα ὀρθῶς καὶ τὸν ὑπάρχοντα φύσει καὶ τὸν ποιητόν. Cf. Isée, *De Cir. her.*, § 19 : ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς γυναικὸς.

même en restreignant les droits successoraux de cet enfant, on pourrait l'admettre dans l'association [1]. L'admission ἐπὶ ῥητοῖς, dont il est question dans le plaidoyer d'Isée, repose du reste sur des considérations toutes spéciales à la situation des parties.

Les raisons de fait qui nous portent à croire que, dans le cas d'Euctémon, l'enfant d'Alcé a été présenté aux phratores et admis par eux en qualité de γνήσιος et non de νόθος *ex cive attica*, sont tirées du plaidoyer même. Il ne faut pas oublier, en effet, que les adversaires de l'orateur présentent l'enfant d'Alcé comme né d'un légitime mariage contracté par Euctémon, après la dissolution du premier, avec une femme nommée Callipe, et jouissant du droit de cité athénienne [2]. Il n'est donc pas besoin de chercher bien loin pour trouver en quelle qualité l'enfant a été présenté à la phratrie : c'est en celle de fils légitime de Callipe. Euctémon a pu très bien alors prêter le serment exigé par la loi et les phratores voter l'admission. On objecterait en vain, et l'objection a été faite par Isée lui-même, que s'il en était ainsi, on ne voit pas pourquoi l'enfant aurait été introduit seulement ἐπὶ ῥητοῖς, du moment que la loi appelle tous les enfants légitimes à succéder également à leur père [3]. Mais il est facile de répondre à cette objection en disant que l'introduction de l'enfant a eu lieu en vertu d'une transaction entre Euctémon et Philoctémon, et qu'Euctémon n'a consenti à restreindre les droits successoraux de l'enfant présenté par lui que pour

(1) Cf. Platner, *Beiträge*, p. 120.

(2) § 13 et s. Suivant Hruza (II, p. 49), si l'on tient pour vraies les allégations de l'adversaire d'Isée concernant le mariage d'Euctémon avec Callipe, il y aurait là un nouveau cas de bigamie, car Euctémon aurait été marié simultanément avec Callipe et avec la mère de Philoctémon. Cette conclusion ne nous paraît nullement nécessaire.

(3) § 25 : διὰ τί πὶ ἐρητοῖς αὐτὸν εἰσήγαγε, τοῦ νόμου κελεύοντος ἅπαντας τοὺς γνησίους ἰσομοίρους εἶναι τῶν πατρῴων.

écarter la résistance de son fils et les critiques qu'il aurait pu élever contre cette introduction dans la phratrie [1].

Les auteurs qui admettent la théorie de la légitimation dans le droit attique, enseignent que cette légitimation ne peut avoir lieu que du consentement des parties intéressées, et ils en voient la preuve dans le plaidoyer d'Isée. Mais alors même qu'on verrait dans ce plaidoyer un cas de légitimation, on ne pourrait sûrement en conclure à la nécessité de ce consentement. Il s'agit là d'un cas tout à fait exceptionnel, où l'introduction dans la phratrie a lieu à la suite d'un compromis et d'où il serait dangereux d'induire une règle générale.

Pour établir la possibilité de la légitimation d'un *nothus ex peregrina* [2], on se fonde sur un passage de Plutarque [3] aux termes duquel Périclès, après la mort de ses fils légitimes, aurait été autorisé par décision du peuple à introduire dans sa phratrie un enfant qu'il avait eu d'Aspasie, c'est-à-dire un *nothus ex peregrina*. Mais ce témoignage n'est nullement décisif. Il est, en effet, contredit par la version

(1) V. en ce sens, Schulin, p. 19, note 50; Philippi, *Beitræge*, p. 90 et s. et *in Neue Jahrb. für Philol.*, 1879, 1, p. 413; Gilbert, I, p. 512; Buermann, *Drei Studien*, p. 620. Caillemer (*Succession*, p. 27 et s.) ne se prononce pas sur le point de savoir en quelle qualité le fils d'Alcé fut présenté à la phratrie. Buermann (*loc. cit.*), tout en admettant que l'enfant a été présenté par Euctémon comme γνήσιος, estime qu'il l'a été comme né d'une concubine légitime et qu'alors Euctémon a très bien pu prêter le serment requis ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς, le concubinat légitime supposant l'emploi des formes de l'ἐγγύησις. Cette interprétation n'est proposable que si l'on admet la théorie de cet auteur sur le concubinat légitime, théorie qui est fort contestable. V. *supra*, p. 89 et s.

(2) Nous nous plaçons ici dans l'opinion générale qui, sauf le cas d'une concession d'épigamie, tient pour nul le mariage d'un Athénien avec une étrangère. Dans l'opinion que nous avons admise, et d'après laquelle les mariages mixtes sont toujours valables, les questions que nous examinons au texte ne se posent pas s'il y a eu mariage entre un citoyen et une étrangère : les enfants nés de cette union n'ont pas besoin d'être légitimés, puisqu'ils sont légitimes, mais, depuis Périclès, ne jouissent pas du droit de cité.

(3) *Pericles*, c. 37.

que donne Suidas [1] du fait relaté par Plutarque. D'après Suidas, c'est le droit de cité qui aurait été conféré au fils d'Aspasie et de Périclès, mais cet enfant n'aurait été l'objet d'aucune faveur exceptionnelle. En tenant d'ailleurs pour exact le récit de Plutarque, on ne saurait légitimement, à notre avis, tirer une règle générale d'une décision manifestement contraire aux lois établies [2] et qui ne peut s'expliquer que par l'influence exceptionnelle de Périclès sur ses concitoyens [3].

Notre conclusion est donc que, quelle que soit l'espèce d'enfant naturel dont il s'agisse, que cet enfant soit né d'une citoyenne ou d'une étrangère, on ne rencontre dans le droit attique aucune preuve certaine de l'existence d'une institution analogue à la légitimation romaine. Cette conclusion se fortifie encore par cette observation qu'on ne trouve ni dans les lois, ni dans les écrits des orateurs aucune expression correspondant à cette institution, ce qui serait étrange si réellement la légitimation avait été admise à Athènes [4].

Si la légitimation, considérée comme institution spéciale, est, croyons-nous, inconnue au droit attique, ne peut-on pas cependant arriver indirectement, et au moyen d'une double opération, à conférer à un enfant naturel les droits d'enfant légitime, du moins lorsque cet enfant est né d'une étrangère? On pourrait d'abord, a-t-on dit, faire naturaliser cet enfant par décision du peuple et le δημοποίητος pourrait alors être adopté par un citoyen quelconque, par conséquent par son père naturel aussi bien que par tout autre citoyen. Il n'y a point, en pareil cas, légitimation proprement dite, car le νόθος originaire n'est point admis comme tel mais comme δημοποίητος

(1) Suidas, v° δημοποίητος.

(2) Isée, dit, en effet (*De Ciron. her.*, § 19) : ὀμόσας κατὰ τοὺς νόμους τοὺς κειμένους ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς κτλ.

(3) Philippi, *Beitræge*, p. 92, 93 ; Buermann, *loc. cit.*, p. 622, 623.

(4) Cf. Cauvet, p. 463 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 93 ; Platner, *Beitræge*, p. 118 et s. ; Buermann, p. 623.

dans la phratrie ; on arrive néanmoins par ce détour au même résultat. C'est ainsi que peut s'expliquer le cas du fils d'Aspasie dont parle Plutarque [1].

Nous éprouvons cependant des doutes très sérieux sur la légitimité d'un pareil procédé. Il serait bizarre d'abord qu'on n'ait pu conférer ainsi les droits de fils légitime qu'au νόθος le moins favorable, celui qui est né d'une étrangère, en laissant en dehors de cette faveur le νόθος *ex cive attica*, car pour ce dernier, citoyen d'Athènes, du moins dans l'opinion par nous admise, il ne saurait être question de combiner avec l'adoption une naturalisation qui n'aurait pas d'objet. De plus, la possibilité d'adopter un étranger naturalisé paraît fort contestable, si l'on songe qu'une des conditions de forme de l'adoption consistait dans le serment de l'adoptant que l'adopté présenté par lui aux phratores était né d'une citoyenne athénienne et en légitime mariage, ἦ μὴν ἐξ ἀστῆς καὶ γεγονότα ὀρθῶς [2], et ce n'était point ici une vaine formalité, ainsi qu'en témoigne le plaidoyer de Démosthène contre Nééra [3].

On a dit, d'autre part, que si la légitimation n'existait pas à Athènes comme institution juridique distincte, un enfant naturel pouvait très bien cependant, en fait, être légitimé. La loi prescrivait, sans doute, lors de la présentation d'un fils à la phatrie, le serment relatif à la régularité de sa naissance. Mais, a-t-on dit, les personnes chargées de veiller à l'exécution de cette loi étaient avant tout les intéressés et les phratores. Si donc les intéressés donnaient leur adhésion à l'introduction dans la phratrie et si les phratores y consentaient eux-mêmes, ou bien ignoraient l'irrégularité de la naissance de l'enfant présenté, il s'opérait en fait une véritable légitimation [4]. Nous admettons bien qu'en fait, les choses pouvaient

(1) Buermann, *loc. cit.*, p. 622, 623.
(2) Isée, *De Apollod her.*, § 16. V. *infra*, ch. II, De l'adoption.
(3) §§ 59 et 60.
(4) Ciccotti, p. 68.

quelquefois se passer ainsi. C'est même vraisemblablement ce qui a eu lieu dans le cas d'Euctémon dont nous avons précédemment parlé. Mais une pareille légitimation ne pouvait guère avoir que la valeur d'un fait, et du moment que la loi du serment avait été violée, il semble, comme le prouve précisément le plaidoyer d'Isée sur la succession de Philoctémon, que les parties, intéressées pouvaient ensuite attaquer la légalité de l'acte et demander la nullité d'une semblable légitimation.

A supposer au surplus que la légitimation soit possible directement ou indirectement, en fait ou en droit, elle ne doit pas avoir d'effet rétroactif, c'est-à-dire que l'enfant naturel, bien que né antérieurement à un enfant légitime du même père, ne peut être considéré comme légitime qu'à partir du jour de la légitimation. C'est donc l'enfant légitime qui, en pareil cas, jouira des privilèges qui peuvent être attachés à la qualité d'aîné, comme par exemple le droit de porter le nom de l'aïeul paternel [1].

En dehors d'Athènes, nous ne possédons que très peu de renseignements sur la condition des enfants naturels. A Sparte, cette situation paraît avoir été la même que dans le droit attique, c'est-à-dire qu'ils étaient exclus complètement de la famille, du culte domestique et de toute succession aux biens. Aussi, lorsque le nombre des enfants naturels devint trop nombreux, comme ce fut le cas, après les guerres de Messénie, ils furent un embarras pour la cité et créèrent de sérieuses difficultés au gouvernement [2].

(1) Cf. Démosthènes, *Adv. Bæot.*, I, § 29 : ἀφ' οὗ παῖδας ἐποιήσατο τούτους ὁ πατήρ, ἀπὸ τούτου καὶ νομίζεσθαι.

(2) Justin, *Hist.*, liv. III, ch. IV ; Suidas, v° παρθενίοι. Cf. Jannet, p. 106 ; Gilbert, *Studien zur altspartanische Geschichte*, p. 188 et s.

TABLE DES MATIÈRES

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.

Imprimerie de l'Ouest, E. Soudée, Mayenne.



